Das Anstellungsverhältnis leitender Arbeitnehmer

insbesondere Direktoren,
Prokuristen
und Handlungsbevollmächtigter

Inauguraldissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von
ULRICH WYSS
von Solothurn

A. Niederhäuser AG, Grenchen 1976

Ulrich Wyss

Das Anstellungsverhältnis leitender Arbeitnehmer insbesondere Direktoren, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigter

Das Anstellungsverhältnis leitender Arbeitnehmer

insbesondere Direktoren,
Prokuristen
und Handlungsbevollmächtigter

Inauguraldissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von
ULRICH WYSS
von Solothurn

A. Niederhäuser AG, Grenchen 1976

Die Fakultät hat diese Arbeit am 11. Dezember 1975 auf Antrag von Prof. Dr. E. Schweingruber als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

INHALTSVERZEICHNIS 5
ABKUERZUNGSVERZEICHNIS 13
LITERATURVERZEICHNIS 15

EINLEITUNG 25

1. Kapitel
MERKMALE DES LEITENDEN ARBEITNEHMERS

§ 1 ALLGEMEINES 29

§ 2 LEITENDER ARBEITNEHMER: ARBEITNEHMER IM SINNE DES ARBEITSVERTRAGSRECHTES 31
I. Allgemeines 31
II. Begriff und Wesen des Einzelarbeitsvertrages 31
1. Die Legaldefinition des Einzelarbeitsvertrages in OR 319 31
2. Die Rechtsnatur des Einzelarbeitsvertrages 32
3. Arbeitsvertrag und berufliche Stellung 33
III. Abgrenzungen 34
1. Allgemeines 34
2. Das Gesellschaftsverhältnis 34
3. Das Rechtsverhältnis des Verwaltungsratsmitgliedes einer Aktiengesellschaft zur Gesellschaft 35
IV. Direktoren, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte 37
A. Allgemeines 37
B. Direktoren 40
1. Bezeichnung und Begriff 40
2. Bedeutung und Gliederung der Direktion 41
3. Die Direktion als Organ der Gesellschaft 43

4. Das Rechtsverhältnis des Direktors zur Gesellschaft 43

C. Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte 45

1. Begriff 45

2. Stellung des Prokuristen und des Handlungsbevollmächtigten im Unternehmen des Geschäftsherrn 47

3. Das Rechtsverhältnis des Prokuristen und des Handlungsbevollmächtigten zum Geschäftsherrn 48

§ 3 LEITENDER ARBEITNEHMER: TRAEGER LEITENDER FUNKTIONEN 50

I. Allgemeines 50

II. Einzelarbeitsvertragsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit 50

1. Einzelarbeitsvertragsrecht 50

2. Arbeitsgerichtsbarkeit 51

III. Arbeitsschutzrecht 54

1. Allgemeines 54

2. Arbeitsgesetz 55

3. Gesetz über die öffentlichen Ruhetage vom 24. Mai 1964 (Solothurn) 58

IV. Kollektives Arbeitsrecht 58

1. Allgemeines 58

2. Berufsverbandsrecht 58

3. Kollektives Vertragsrecht 61

4. Betriebsverfassungsrecht 62

5. Arbeitskampfrecht 64

V. Zusammenfassung 65

2. Kapitel

DIE SONDERSTELLUNG DES LEITENDEN ARBEITNEHMERS IN DER ARBEITSRECHTLICHEN GESETZGEBUNG

§ 4 ALLGEMEINES 67

§ 5 DER LEITENDE ARBEITNEHMER IM ARBEITSSCHUTZRECHT 68

I. Allgemeines 68

II. Gründe für die Ausnahme des leitenden Arbeitnehmers vom persönlichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes 68

III. Die Schutzbedürftigkeit des leitenden Arbeitnehmers 70

§ 6 DER LEITENDE ARBEITNEHMER ALS FUNKTIONSVERTRETER DES ARBEITGEBERS 74

I. Allgemeines 74

II. Die Stellung des leitenden Arbeitnehmers in der Betriebsverfassung 75

§ 7 Exkurs: DIE RELATIVE BENACHTEILUNG DES LEITENDEN ARBEITNEHMERS IN DER SOZIALVERSICHERUNG 80

3. Kapitel

DAS ANSTELLUNGSVERHAELTNIS DES LEITENDEN ARBEITNEHMERS

§ 8 ALLGEMEINES 83

1. Abschnitt

VORAUSSETZUNGEN UND BEGRUENDUNG DES ANSTELLUNGSVERHAELTNISSES DES LEITENDEN ARBEITNEHMERS 85

§ 9 VORAUSSETZUNGEN 85

I. Voraussetzungen in der Person des leitenden Arbeitnehmers 85

1. Allgemeines 85

2. Gesetzliche Voraussetzungen für die Person des Direktors, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten 85

3. Statutarische Voraussetzungen für die Person des Direktors und Prokuristen 86

II. Voraussetzungen auf seiten des Arbeitgebers 87

1. Allgemeines 87

2. Voraussetzungen zur Bestellung eines Direktors 87

a. Formelle Voraussetzungen 87

b. Bestellungsorgan 87

3. Voraussetzungen zur Bestellung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten 89

a. Betrieb eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes 89

b. Bestellungsorgan 90

§ 10 BEGRUENDUNG UND FORM 93

I. Die Begründung des Anstellungsverhältnisses des leitenden Arbeitnehmers 93

1. Allgemeines 93

2. Die Begründung des Anstellungsverhältnisses des Direktors 93

3. Die Begründung der Prokura und der Handlungsvollmacht 94

II. Die Form des Anstellungsvertrages des leitenden Arbeitnehmers 95

1. Allgemeines 95

2. Leitende Arbeitnehmer 96

2. Abschnitt

DER INHALT DES ANSTELLUNGSVERHAELTNISSES DES LEITENDEN ARBEITNEHMERS 97

§ 11 ALLGEMEINES 97

I. Uebersicht 97

1. Allgemeines 97

2. Leitende Arbeitnehmer 97

II. Die Bedeutung des Reglementes der Aktiengesellschaft für das Anstellungsverhältnis leitender Arbeitnehmer 98

1. Allgemeines 98

2. Begriff 99

3. Die Bedeutung des Reglementes für das Anstellungsverhältnis des Direktors und des Prokuristen 100

III. Der Grundsatz der Gleichbehandlung 101

1. Allgemeines 101

2. Leitende Arbeitnehmer 102

§ 12 DER LOHN DES LEITENDEN ARBEITNEHMERS 103

I. Allgemeines 103

II. Zur Tantieme des Direktors 104

1. Allgemeines (322 a OR) 104

2. Die aktienrechtliche Tantieme (677 OR) 105

III. Rückerstattung empfangener Bezüge nach 678/679 OR 106

IV. Die konkursrechtliche Behandlung der Ansprüche des leitenden Arbeitnehmers aus dem Anstellungsverhältnis 107

§ 13 DIE TREUEPFLICHT DES LEITENDEN ARBEITNEHMERS 109

I. Allgemeines 109

II. Die Pflicht des leitenden Arbeitnehmers zu persönlicher Erfüllung 112

III. Die Pflicht zur Leistung von Ueberstundenarbeit 112

IV. Das Konkurrenzverbot während der Dauer des Anstellungsverhältnisses 114

V. Die Nebenbeschäftigung des leitenden Arbeitnehmers 119

VI. Die Geheimhaltungspflicht des leitenden Arbeitnehmers 120

VII. Das ausserdienstliche Verhalten des leitenden Arbeitnehmers 122

§ 14 DIE SORGFALTSPFLICHT DES LEITENDEN ARBEITNEHMERS 124

I. Allgemeines 124

II. Arbeitsvertragsrecht 124

III. Auftragsrecht 127

IV. Aktienrecht 128

§ 15 Exkurs: DIE STRAFRECHTLICHE VERANTWORTLICHKEIT DES LEITENDEN ARBEITNEHMERS 132

§ 16 DIE KAUTION DES LEITENDEN ARBEITNEHMERS 134

§ 17 DAS KONKURRENZVERBOT (340 OR) 136

3. Abschnitt

DIE BEENDIGUNG DES ANSTELLUNGSVERHAELTNISSES DES LEITENDEN ARBEITNEHMERS 140

§ 18 ALLGEMEINES 140

§ 19 DIE ORDENTLICHE KUENDIGUNG 141

I. Allgemeines 141

II. Vertragsdauer und Kündigungsfristen 141

III. Zum Kündigungsschutz des leitenden Arbeitnehmers 143

IV. Die Suspendierung des leitenden Arbeitnehmers 145

§ 20 DIE AUSSERORDENTLICHE KUENDIGUNG 147

I. Allgemeines 147

II. Wichtige Gründe zur fristlosen Auflösung des Anstellungsverhältnisses des leitenden Arbeitnehmers 149

III. Die vermögensrechtlichen Folgen der fristlosen Auflösung des Anstellungsverhältnisses des leitenden Arbeitnehmers 153

1. Allgemeines 153

2. Genugtuungsanspruch wegen Vertragsbruch 154

3. Fristlose Auflösung des Anstellungsverhältnisses und Personalfürsorgeeinrichtungen 158

§ 21 DAS ERLOESCHEN VON PROKURA UND HANDLUNGSVOLLMACHT 159

I. Allgemeines 159

II. Erlöschungsgründe 159

III. Widerruf der kaufmännischen Vollmachten und Anstellungsvertrag 161

§ 22 ABBERUFUNG UND EINSTELLUNG IN DEN FUNKTIONEN (705 und 726 OR) 162

I. Allgemeines 162

II. Voraussetzungen und Geltendmachung der Abberufung und der Einstellung in den Funktionen 163

III. Zuständigkeit zur Abberufung des Direktors 165

IV. Abberufung des Direktors und Anstellungsvertrag 165

V. Die Einstellung des Direktors in seinen Funktionen 168

VI. Die Demission des Direktors 169

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide, Aarau
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946
AHVV	Vollzugsverordnung zum Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964
Art.	Artikel
ARV	Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, Mitteilungsblatt des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit, Zürich
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung, Lausanne
BJM	Basler Juristische Mitteilungen, Basel
BlZR	Blätter für zürcherische Rechtssprechung, Zürich
BV	Bundesverfassung
Diss.	Disseration
f., ff.	und folgende
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HRegV	Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937
i.S.	im Sinne
lit.	litera
N.	Note
Nr.	Nummer

OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichtes Graubünden, Chur
Praxis	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes, Basel
S.	Seite
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft, Zürich
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
SJV	Schweizerischer Juristenverein
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
vgl.	vergleiche
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel

L I T E R A T U R

Ackermann Karl, Die rechtliche Stellung des Handlungsgehilfen in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung von Gewerberecht, Kollektivnormen und Verkehrssitte, Diss. Bern 1934

Ackermann/Zollinger, Saläre und Arbeitsverhältnisse der kaufmännischen Angestellten, Zürich 1966

Amrein Felix, Der Annahmeverzug des Dienstherrn nach schweizerischem Recht unter Berücksichtigung des deutschen und des französischen Rechts, Diss. Basel 1957

Arnold Kurt, Die missbräuchliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach französichem und schweizerischem Recht, Ein Vergleich, Diss. St. Gallen 1970

Bankprokuristen-Verein Zürich (Herausgeber), Das mittlere Kader im Bankgewerbe, Zürich 1969

Bär Rolf, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, Probleme bei einer Mehrheit von verantwortlichen Personen, in: ZBJV 106/1970, S. 457 ff.

Becker Hermann, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, 1. Abteilung, Art. 1-183, 2. Aufl., Bern 1941

- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, 2. Abteilung, Art. 184-551, Bern 1934

Bigler Walter, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern/Zürich 1966

Binswanger Peter, Kommentar zum Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, Zürich 1950

Blumenstein Ernst, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911

Bosshard E., Die Reserven der Aktiengesellschaft im neuen Obligationenrecht, Bern 1940

Bracher René, Die Privilegierung der Dienstboten, Angestellten und Arbeiter im Konkurs nach eidgenössischem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Diss. Zürich 1933

Brändli Lukas, Wichtige 'Nebenfragen' bei Fusionen, in: Der Organisator 1974, Nr. 667, S. 15 f.

Brand Heiner, Die Stellung des leitenden Angestellten im schweizerischen Recht, mit einer Uebersicht über das deutsche Recht, Diss. Basel 1959

Bürgi Wolfhart Friedrich, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd., 5. Teil, b/1, Art. 660-697, Zürich 1957

- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd., 5. Teil, b/2, Art. 698-738, Zürich 1969

Canner/Schoop, Arbeitsgesetz, Taschenausgabe, Zürich 1968

Christen Hardy, Die Sicherung des Anstellungsverhältnisses nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1945

Deutscher Gewerkschaftsbund, Muster eines Anstellungsvertrages für leitende Angestellte und Führungskräfte, deren Arbeitsbedingungen nicht in Tarifverträgen geregelt sind, Düsseldorf (Jahr?)

- 30 000 'Leitende Angestellte' bestellen beim DGB einen Musterarbeitsvertrag, Bericht über eine Aktion des Deutschen Gewerkschaftsbundes sowie über eine repräsentative Untersuchung bei 'Leitenden Angestellten und Führungskräften', Düsseldorf (Jahr?)

Egger August, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Personenrecht, Art. 1-89, 2. Aufl., Zürich 1930

Eichholzer Edward, Kommentar zu den Bundesvorschriften über die Arbeit in den Fabriken, Zürich 1937

Eigenmann Ernst, Das Reglement der Aktiengesellschaft, in: Die AG im neuen OR, Heft 11, Zürich 1952

Felber Richard, Die Direktion der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1949

Fink Manfred, Das Arbeitsgesetz, in: Schweizerische Gewerbe-Zeitung 1966, Nr. 4-14

Frey Erwin, Der freie Arbeitsvertrag, Beitrag zur Frage der Rechtsstellung der höheren Dienste, Diss. Basel 1930

Friedmann Karl, Zur Stellung der leitenden Angestellten und sonstigen Führungsgehilfen in den Wirtschaftsunternehmen, in: Schweizer Rundschau 1971, Heft 5, S. 328 ff.

Fuhrer Hans, Die Abberufung und die Demission der Organe der Aktiengesellschaft, insbesondere der Mitglieder des Verwaltungsrates nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1958

Funk Fritz, Handkommentar zum Obligationenrecht, Aarau 1928

- Kommentar des Obligationenrechts, Bd. II, Das Recht der Gesellschaften, Aarau 1951, zit. Funk

Gautschi Georg, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, 2. Abteilung, 4. Teilband, Art. 394-406 OR, 3., neu bearbeitete Aufl.,Bern 1971

- Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. VI, 2. Abteilung, 6. Teilband, Art. 425-491 OR, 2., neu bearbeitete Aufl. Bern 1962

Germanier Marc, Die vermögensrechtliche Stellung der Verwaltungsratsmitglieder und Direktoren in den schweizerischen Aktiengesellschaften, Diss. St. Gallen 1954

Goldschmidt Robert, Unsoziale Kündigung im Arbeitsrecht, in: SJZ 1939/40, S. 165 ff.

Grässli Max, Die ausserordentliche Kündigung des Dienstvertrages (Rücktritt aus wichtigen Gründen) nach schweizerischem Recht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 43, Bern 1929

Grüll Ferdinand (Herausgeber), Handbuch für leitende Angestellte, Bd. I, Heidelberg 1962

Guhl/Merz/Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 6., bereinigte Aufl., Zürich 1972

Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. verbesserte und vermehrte Aufl., Zürich 1958

Gutzwiller Max, Das Recht der Verbandsperson, Grundsätzliches, in: Gutzwiller Max (Herausgeber), Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Einleitung und Personenrecht, Basel 1967

Gysin Arnold, Arbeitsrecht, Zürich 1943

Haefliger Arthur, Das Konkurrenzverbot im neuen Schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 429, Bern 1975

Hindermann Walter E., Einführung in das neue Arbeitsgesetz, Zürich 1964

- Leitfaden zum Arbeitsgesetz, 2. überarbeitete Aufl., Zürich 1970

- Das neue Arbeitsvertragsrecht, Spiegel (Jahr?)

Holzach Christoph, Der Ausschuss des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft und die Haftungsverhältnisse bei verwaltungsinternen Delegierungen, Diss. Basel 1960

Hubschmid Alfred, Die leitenden Angestellten, in: Schweizerisches Kaufmännisches Zentralblatt 1970, Nr. 7

Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. völlig neubearbeitete Aufl., Bd. I, Berlin/Frankfurt 1959

Hug Walther, Das Kündigungsrecht, Bd. I, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Neue Folge, Heft 2, Aarau 1926, Bd. II, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Neue Folge, Heft 4, Aarau 1927, zit. Kündigungsrecht

- Die Einwirkung von Schuldbetreibung und Konkurs auf das Dienstverhältnis, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, St. Gallen 1944, S. 73 ff.

- (Herausgeber), Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971, zit. Kommentar

Jaeger C., Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3., vollständig neu bearbeitete Aufl., Zürich 1911

Jaeger/Daeniker, Schuldbetreibungs- und Konkurs-Praxis der Jahre 1911-1945, Bd. I, Zürich 1947

Jäggi Peter, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, Referat SJV, in ZSR 79/1960, 2. Halbband, S. 133a ff.

Izveren Adil, Sorgfaltshaftung und Schadenersatzpflicht im Dienstvertragsrecht, Diss. Zürich 1952

Kaplan Ibrahim, Die Behandlung der Kaution nach neuem schweizerischem Arbeitsvertragsrecht, mit einem Blick auf das türkische Recht, Diss.Bern 1975

Kirschbaum Emil, Dienstvertrag und Gesellschaft, Diss. Basel 1936

Kistler Lothar, Die Betriebsgemeinschaft, Ein Beitrag zum Mitspracherecht der Arbeitnehmer in der Schweiz mit rechtsvergleichenden Hinweisen auf andere Staaten, Diss. Freiburg 1953

Knoepfel Hans Peter, Die Prokura nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1954

Kolb Alfred, Die rechtliche Stellung der Mitglieder der Verwaltung nach schweizerischem Aktienrecht, Diss. Zürich 1935

Kreis Willy, Die Haftung der Organe juristischer Personen nach schweizerischem Privatrecht, Diss. Zürich 1936

Lanz Paul Ulrich, Die Delegation der Befugnisse des Verwaltungsrates, Diss. Basel 1968

Maurer Alfred, Recht und Praxis der schweizerischen obligatorischen Unfallversicherung, 3., neubearbeitete und erweiterte Aufl., Bern 1963

Meier-Hayoz Arthur (mit andern Autoren), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitungsband, Art. 1-10 ZGB, Bern 1966

Meier-Wehrli Jörg, Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff. OR/41 ff. BkG., Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Neue Folge, Heft 296, Zürich 1968

Meyer Heinz, Arbeitsvertragsrecht und Personalfürsorge, Offene und kontroverse Fragen im Arbeitsvertragsrecht vom 25. Juni 1971 (Art. 319 ff. OR), in: SJZ 69/1973, S. 229 ff.

Meyer Kurt, Die rechtliche Stellung des Delegierten des Verwaltungsrates nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1946, zit. Meyer

Meyer Kurt, Mitbestimmung im Verwaltungsrat der schweizerischen Aktiengesellschaft, 1972

Miescher Beat, Die Folgen nicht vertragsgemässer Arbeitsleistung nach dem Dienstvertragsrecht und nach den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts, Diss. Bern 1968

Naegeli Eduard (Herausgeber), Einführung in das Arbeitsgesetz, Bern 1966

Nef Urs, Gemeinschaftsverhältnis und Eingliederungstheorie, Zwei neue Begriffe im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht?, in: SJZ 67/1971, S. 238 ff.

Neuenschwander Markus, Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1971

Nikisch Arthur, Arbeitsrecht, Bd. I, 2., erweiterte und völlig neubearbeitete Aufl., Tübingen 1955

Oser/Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, 1. Teil, Art. 1-183 OR, Zürich 1929

- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, 2. Teil, Art. 184-418 OR, Zürich 1936

- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, 3. Teil, Art. 419-529, 2., umgearbeitete Aufl., Zürich 1945

Perregaux Gabriel de, La direction dans la société anonyme, construction juridique et responsabilité du directeur, Diss. Freiburg 1925

Pfyffer von Altishofen Heinrich, Die Direktion der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1919

Portmann Peter, Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge, Heft 335, Bern 1958

Raaflaub Hans Emanuel, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers im Dienstvertrag, Diss. Bern 1959

Rautmann Hans-Dietrich, Wettbewerbsenthaltungspflicht im Gesellschaftsrecht, Diss. Bern 1965

Reber Klara, Abgrenzung zwischen Dienstvertrag, Werkvertrag und Auftrag im Römischen, Schweizerischen und Deutschen Recht, Diss. Basel 1972

Rehbinder Manfred, Grundriss des schweizerischen Arbeitsrechts, 3., neubearbeitete Aufl., Bern 1975

Roggwiler Hans, Der 'wichtige Grund' und seine Anwendung in ZGB und OR, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Neue Folge, Heft 208, Zürich 1958

Schenk Peter, Die Verantwortlichkeit in der Aktiengesellschaft, Zürich 1971, zit. Verantwortlichkeit

- Der Einzelarbeitsvertrag, Zürich 1973

Schneiter René, Rechtsbeziehungen zwischen Dienst- und Vorsorgeverhältnis bei privatrechtlichen Wohlfahrtseinrichtungen, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 267, Zürich 1966

Schucany Emil, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2., neubearbeitete Aufl., Zürich 1960

Schumacher Jost, Der Vertragsbruch nach dem neuen Arbeitsvertragsrecht, Diss. Bern 1974

Schulthess Benno, Funktionen der Verwaltung einer Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1967

Schultz Hans, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Bd. I, Bern 1973

Schweingruber/Bigler, Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag mit Einschluss der Allgemeinverbindlicherklärung, 2., überarbeitete Aufl. Bern/Zürich 1972

Schweingruber Edwin, Die Entwicklung des Dienstvertragsrechtes durch die Gerichtspraxis, in: ZBJV 1932, S. 201 ff.

- Das Arbeitsrecht der Schweiz, Seine Gestalt und seine Gestaltung, 2. revidierte Aufl., Zürich 1951, zit. Arbeitsrecht

- Der Dienstvertrag und seine Beziehungen zum Arbeitslosenversicherungsrecht, in: Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, Mitteilungsblatt des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit 2/1954, S. 121 ff., zit. Dienstvertrag und Arbeitslosenversicherungsrecht

- Sozialgesetzgebung der Schweiz, Ein Grundriss, Zürich 1955, zit. Sozialgesetzgebung

- Die Einwirkungen der Sozialversicherungen auf das Arbeitsverhältnis, in: Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung 2/1958, S. 47 ff., zit. Einwirkungen der Sozialversicherungen

- Dienstvertragsrecht und Betreibungsrecht, Zusammenhänge und Grenzfragen, in: Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs 25/1961, S. 129 ff.

- Das Arbeitsrecht, in: Strukturwandlungen der Schweizerischen Wirtschaft, Festschrift für Fritz Marbach, Bern 1962, S. 429 ff.

- Kommentar zum Arbeitsvertrag des Schweizerischen Obligationenrechts, 5. Aufl. des Kommentars zum Dienstvertrag, Bern/Zürich 1974, zit. Arbeitsvertrag

Schweizerischer Kaufmännischer Verein, Statuten vom 22./23. Mai 1971

- Unser standespolitisches Aktionsprogramm 1971 bis 1973

- Die Anstellungsverhältnisse im kaufmännischen Beruf, Saläre und Anstellungsnormen für kaufmännisches Personal und leitende Angestellte, Flugschrift Nr. 2, Ausgabe 1972

- Besondere Anstellungsbedingungen für leitende Angestellte, Postulate für das kaufmännische Kader, Merkblatt Nr. 4

Schwertfeger Richard, Gewerkschaften und Angestelltenverbände, in: Frey Ulrich (Herausgeber), Schweizer Dokumentation für Politik und Wirtschaft, Bd. III, 1974

Siegwart Alfred, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, 4. Teil, Art. 530-619, Zürich 1938

Sovilla Kurt, Vom Fabrikgesetz zum Arbeitsgesetz, Sonderdruck aus der Schweizerischen Arbeitgeber-Zeitung Nr. 6, 7, 8 und 9 vom 10., 17., 24. Februar und 5. März 1966

Steiger Werner von, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, 5. Teil/c, Art. 772-827, Zürich 1965

Streiff Ullin, Leitfaden zum neuen Arbeitsvertrags-Recht, 3., ergänzte und überarbeitete Aufl., Zürich 1974

Thalberg Kurt, Die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers im schweizerischen Recht unter Berücksichtigung der deutschen und österreichischen Arbeitsrechtslehre, Diss. Zürich 1935

Titze Heinrich, Das kaufmännische Hilfspersonal, in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. II, Leipzig 1918

Tschudi Hans-Peter, Die Ferien im schweizerischen Arbeitsrecht, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 24, Basel 1948

Tuhr von/Siegwart, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Erster Halbband, 2. ergänzte Aufl., Zürich 1942

Vischer Frank, Die Stellung der Verwaltung und die Grenzen der Delegationsmöglichkeit bei der grossen AG, in: Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Freiburg 1968, S. 345 ff.

Wagner Karl, Die Handlungsvollmachten nach Art. 462 des Obligationenrechts, Diss. Zürich 1945

Wander Jean, Die Organe der Aktiengesellschaft und ihr gegenseitiges Verhältnis nach deutschem, französischem und schweizerischem Recht, Diss. Bern 1958

Weilenmann Paul, Führungskräfte und Spezialisten in der schweizerischen Wirtschaft, Probleme der Ausbildung und Weiterbildung von qualifizierten Angestellten, Zürich 1966

Welti Heinrich, Die Arbeiterkommission in den privaten Betrieben, Ein Versuch zur Bestimmung ihrer Rechtsnatur, Diss. Zürich 1942

Wohlmann Herbert, Die Treuepflicht des Aktionärs, Die Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auf den Aktionär, Diss. Zürich 1968

Wolf Elias, Rücktritt und Kündigung gegenüber Funktionären einer konkursiten Aktiengesellschaft, in: SAG 12/1949, S. 69 ff., S. 100 ff.

Wolfers Arnold, Die Verwaltungsorgane der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses von Verwaltungsrat und Direktion, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft LXVI., Aarau 1917

Zellweger Hans Jakob, Haftungsbeschränkung und Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der AG, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 413, Bern 1972

Zimmermann Harry, Grundfragen der Stellung der Verwaltungsratmitglieder, Direktoren und Prokuristen der AG in Gesetzgebung und Praxis, in: Die AG im neuen OR, Heft 9, Zürich 1946

PERIODIKA

Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide, Aarau, zit. AGVE

Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, Mitteilungsblatt des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit, Zürich, zit. ARV

Basler Juristische Mitteilungen, Basel, zit. BJM

Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen, Zürich

Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs, Bern/Wädenswil

Blätter für zürcherische Rechtssprechung, Zürich, zit. BlZR

Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung, Lausanne, zit. BGE

Jahresbericht des Gewerbegerichts der Stadt Bern, Bern

Der Organisator, Glattbrugg

Die Praxis des Kantonsgerichtes Graubünden, Chur, zit. PKG

Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes, Basel, zit. Praxis

Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau, Frauenfeld

Recht der Arbeit, München

Die Schweizerische Aktiengesellschaft, Zürich, zit. SAG

Schweizerische Gewerbe-Zeitung, Bern

Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich, zit. SJZ

Schweizerisches Kaufmännisches Zentralblatt, Zürich

Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung, Bern

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern, zit. ZBJV

Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel, zit. ZSR

MATERIALIEN

Bericht und Antrag des Regierungsrates an den Kantonsrat von Solothurn vom 25. August 1972 (Gesetz über die Arbeitsgerichte)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 30. September 1960, in: BBl 112/1960, Bd. II, S. 909 ff., zit. Botschaft Arbeitsgesetz

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels bis des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) vom 25. August 1967,

in: BBl 119/1967, Bd. II, S. 241 ff., zit. Botschaft Arbeitsvertrag

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend das Volksbegehren über die Mitbestimmung und einen Gegenvorschlag (Art. 34 ter Abs. 1 Bst B bis BV) vom 22. August 1973, in: BBl 125/1973, Bd. II, S. 237 ff., zit. Botschaft Mitbestimmung

EINLEITUNG

Ein Unternehmen, das eine bestimmte Grössenordnung erreicht hat, kann nicht allein vom Unternehmer oder von der obersten Geschäftsführung geleitet werden. Je umfangreicher und aufwendiger die unternehmerischen Teilaufgaben wie Forschung, Entwicklung, Produktion, Finanzgeschäft usw. werden, desto weitgehender muss die oberste Geschäftsführung Kompetenzen und Aufgaben an nachgeordnete Funktionäre, 'Manager', 'Chargierte', 'Führungskräfte', 'Gradierte', 'leitende Angestellte' oder wie auch immer sie bezeichnet werden, übertragen. Diese leitenden Funktionäre stehen dem Arbeitgeber nahe durch Ausübung von Arbeitgeberfunktionen wie Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern, durch die Uebernahme qualifizierter Tätigkeiten, durch eine meist geringe Weisungsgebundenheit, verbunden mit einem grösseren Verantwortungsbereich und durch ein regelmässig überdurchschnittliches Gehalt. Andererseits grenzen sie sich gegenüber dem Unternehmer in mancher Hinsicht ab: sie üben ihre Funktionen auf Grund vertraglicher Vereinbarung aus und bedürfen deshalb wie die andern Arbeitnehmer des Schutzes im Krankheits-, Alters- und Kündigungsfall.

Beim Anstellungsverhältnis leitender Arbeitnehmer stellen sich Fragen betriebswirtschaftlicher, soziologischer und rechtlicher Natur. Wenn im folgenden die arbeitsrechtliche Seite erörtert wird, so stellt dies einen Teilaspekt dieses vielschichtigen Fragenkomplexes dar.

Unter leitenden Arbeitnehmern werden Personen verstanden, die auf der Grundlage eines Einzelarbeitsvertrages i.S. von 319 OR in einem Unternehmen leitende Funktionen ausüben und im Hinblick auf diese besonderen Funktionen durch Gesetz und Praxis in bestimmten Punkten einer anderen Regelung un-

terworfen werden als die rein weisungsgebundenen Arbeitnehmer. Der vor allem in der Bundesrepublik Deutschland in Gesetz und Praxis gebräuchliche Begriff des 'leitenden Angestellten' wird bewusst vermieden. Einerseits kennt das neue schweizerische Arbeitsvertragsrecht den Begriff des Angestellten nicht mehr (vgl. aber 13 ArG). Andererseits werden in vorliegende Arbeit auch Fragen des Anstellungsverhältnisses von Direktoren in Aktiengesellschaften miteinbezogen. Der Direktor aber wird in der Bundesrepublik Deutschland vom Begriff des leitenden Angestellten nicht abgedeckt, sondern den 'arbeitgeberähnlichen Personen' zugerechnet.

Im ersten Kapitel der Arbeit werden an Hand einer Durchsicht der verschiedenen Zweige des Arbeitsrechts (Arbeitsvertragsrecht, Arbeitsschutzrecht, kollektives Arbeitsrecht) Merkmale des leitenden Arbeitnehmers erarbeitet und der in Frage kommende Personenkreis gegenüber Personen, die zwar leitende Funktionen ausüben, aber keine Arbeitnehmer i.S. des Arbeitsvertragsrechtes sind sowie gegenüber den rein weisungsgebundenen Arbeitnehmern abgegrenzt.

Das zweite Kapitel behandelt die arbeitsrechtliche Sonderstellung des leitenden Arbeitnehmers ausserhalb des Arbeitsvertragsrechts. Im Vordergrund stehen dabei die Fragen nach der Schutzbedürftigkeit des leitenden Arbeitnehmers sowie nach seiner Stellung in der Betriebsverfassung.

Das dritte Kapitel ist der Begründung, dem Inhalt und der Beendigung des Anstellungsverhältnisses des leitenden Arbeitnehmers gewidmet. Einerseits liegt das Schwergewicht der Ausführungen auf der Treue- und Sorgfaltspflicht. Zudem geht es darum, festzustellen, inwieweit das Arbeitsvertragsrecht für den leitenden Arbeitnehmer durch Bestimmungen des kaufmännischen Geschäftsführungsrechts (458 ff. OR) und des Gesellschaftsrechts Modifizierungen erfährt. Soweit gesell-

schaftsrechtliche Bestimmungen herangezogen werden, sind sie ausschliesslich dem Aktienrecht entnommen; dies vor allem aus Gründen der Uebersichtlichkeit. Die Aktiengesellschaft ist die zahlenmässig verbreitetste Gesellschaftsform. Sie ist vor allem die Gesellschaftsform grosser Unternehmen, und der leitende Arbeitnehmer ist hauptsächlich in diesen grossen Unternehmen zu finden.

Auf den Fragenkomplex, der sich im Zusammenhang mit den wirtschaftlichen Konzentrationsbewegungen und Strukturwandlungen stellt, wo gelegentlich auch qualifizierte Funktionäre ihren Arbeitsplatz einbüssen, konnte nicht weitergehend eingegangen werden. Die Behandlung der sich dabei stellenden Fragen hätte den arbeitsrechtlichen Charakter der Arbeit gesprengt.

1. Kapitel

MERKMALE DES LEITENDEN ARBEITNEHMERS

§ 1 ALLGEMEINES

Die Bearbeitung der arbeitsrechtlichen Stellung des leitenden Arbeitnehmers setzt Klarheit darüber voraus, wer leitender Arbeitnehmer ist. Damit ist eine der schwierigsten Fragen angeschnitten, welche diese Berufsgruppe stellt, da allgemein anerkannte terminologische und begriffliche Grundlagen fehlen. Bezeichnung und Begriff unterscheiden sich je nach dem Zweck und dem Standort, von dem aus sie erfolgen.[1] Die Definition des leitenden Arbeitnehmers wird zudem erschwert durch die ständig wechselnden Situationen des Arbeits- und Wirtschaftslebens und durch den scheinbaren Widerspruch zwischen der Tätigkeit des leitenden Arbeitnehmers einerseits und ihrer vertraglichen Grundlage andererseits.[2] Für die Erläuterung der arbeitsrechtlichen Stellung des leitenden Arbeitnehmers muss der Begriff des leitenden Arbeitnehmers dem Arbeitsrecht selbst entnommen werden. Jede andere Art, ihn zu bestimmen, wäre wertlos, da die Bildung von Gruppen und Untergruppen für die rechtliche Betrachtung nur dann gerechtfertigt ist, wenn mit der Gruppenzugehörigkeit auch eine besondere Rechtsstellung verbunden ist.[3] Mit diesem Hinweis sind die terminologischen und begrifflichen Schwierigkeiten aber nicht überwunden, da selbst für das begrenzte Gebiet des Arbeitsrechts eine einheitliche, gesetzliche oder durch Doktrin oder Praxis entwik-

---

1) Hubschmid Alfred, Die leitenden Angestellten, in: Schweizerisches Kaufmännisches Zentralblatt, 1970, Nr. 7
2) vgl. Einleitung
3) Nikisch Arthur, Arbeitsrecht, 2., erweiterte und völlig neu bearbeitete Auflage, Band I., Tübingen 1955, S. 111 f.

kelte Begriffsbestimmung fehlt. Dieser Umstand erschwert die zusammenfassende Darstellung der Rechtsstellung des leitenden Arbeitnehmers beträchtlich, was aber nicht Anlass dazu sein darf, darauf überhaupt zu verzichten; Probleme, die im täglichen Arbeitsleben anfallen, müssen gelöst werden, unabhängig davon, ob die theoretischen Grundlagen dazu vorhanden sind oder nicht.

Im folgenden soll versucht werden, auf dem Wege der Umschreibung klarzustellen, wer leitender Arbeitnehmer ist. Dabei ist es zweckmässig, die Wortkombination 'leitender Arbeitnehmer' in ihre beiden Bestandteile 'Arbeitnehmer' (§ 2) und 'leitend' (§ 3) zu zerlegen.

§ 2 LEITENDER ARBEITNEHMER: ARBEITNEHMER IM SINNE DES ARBEITSVERTRAGSRECHTES

I. Allgemeines

Der leitende Arbeitnehmer übt seine berufliche Tätigkeit auf der Grundlage eines Einzelarbeitsvertrages (OR 319) aus.[1] Wer nicht arbeitsvertraglich gebunden ist, fällt nicht unter den Begriff des leitenden Arbeitnehmers, auch wenn er in einem Unternehmen eine führende Position innehat.

II. Begriff und Wesen des Einzelarbeitsvertrages

1. Die Legaldefinition des Einzelarbeitsvertrages in OR 319

Durch den Einzelarbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienste des Arbeitgebers gegen Lohn.

Der Arbeitsvertrag hat die 'Leistung von Arbeit im Dienste des Arbeitgebers' gegen Lohn zum Gegenstand. In dieser Umschreibung kommt das für die Leistungspflicht des Arbeitnehmers entscheidende Merkmal zum Ausdruck: der Arbeitnehmer leistet seine Arbeit in fortwährender persönlicher Abhängigkeit von der Organisation des Unternehmens und den Weisungen des Arbeitgebers.[2] Neben diese persönliche tritt regelmässig eine

---

1) vgl. Einleitung
2) vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels bis des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) vom 25. August 1967, Bundesblatt 119/1967, Bd. II, S. 294; Guhl/Merz/Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, Sechste,bereinigte Auflage, Zürich 1972, S. 381

wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers, indem der Arbeitsvertrag für einen Grossteil der Arbeitnehmer die einzige Grundlage ihres Auskommens und der Existenz ihrer Familien darstellt.[1]

Die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Leistung von Arbeit im Dienste des Arbeitgebers besteht 'auf bestimmte oder unbestimmte Zeit.' Der Arbeitsvertrag muss für eine gewisse Dauer eingegangen werden. Eine bestimmte Mindestdauer ist aber nicht erforderlich. Arbeit auf Zeit liegt auch dann vor, wenn der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nur teilweise beschäftigt wird[2], oder wenn sich die Dauer der Inanspruchnahme lediglich aus dem Zweck der Arbeit ergibt.[3]

Drittes Begriffsmerkmal des Einzelarbeitsvertrages ist die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Entrichtung eines Lohnes. Dieser kann nach Zeitabschnitten (Zeitlohn) oder nach der geleisteten Arbeit (Akkordlohn) bemessen sein.

2. Die Rechtsnatur des Einzelarbeitsvertrages

Die für den Begriff des Einzelarbeitsvertrages wesentlichen Hauptpflichten der Vertragsparteien, die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers und die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers, werden vermögensrechtlich erfasst und charakterisieren das Rechtsverhältnis als zweiseitige Obligation. Wegen der Untrennbarkeit der Arbeitsleistung von der Person des Arbeitnehmers ergreift der Arbeitsvertrag im Gegensatz zu den Sachleistungs-

---

1) Schweingruber Edwin, Das Arbeitsrecht der Schweiz, Seine Gestalt und seine Gestaltung, Zweite, revidierte Auflage, Zürich 1951, S. 42
2) Teilzeitarbeit, OR 319 II
3) vgl. Botschaft Arbeitsvertrag, S. 295; Guhl/Merz/Kummer, S. 380

verträgen immer und notwendig auch die Person des Arbeitnehmers selbst. Er weist deshalb neben seinem obligationenrechtlichen Charakter auch einen personenrechtlichen Einschlag auf.[1] Dieser kommt in einer Reihe gesetzlicher Nebenpflichten, Fürsorge- und Schutzpflichten des Arbeitgebers einerseits und Gehorsams-, Treue- und Sorgfaltspflichten des Arbeitnehmers andererseits, zum Ausdruck. Besonders umfangreich ist der Katalog der dem Arbeitgeber auferlegten Fürsorgepflichten.[2]

3. Arbeitsvertrag und berufliche Stellung

Arbeitnehmer i.S. des Arbeitsvertragsrechtes ist jeder, der Arbeit im Dienste eines Arbeitgebers gegen Entgelt leistet, unabhängig von der beruflichen Stellung, die er im Unternehmen des Arbeitgebers bekleidet. Dies gilt auch für Personen, die auf Grund der ihnen erteilten Vollmachten in gewissem Umfang andern Arbeitnehmern gegenüber als Vorgesetzte und als Vertreter des Arbeitgebers auftreten und dessen Interessen

---

1) vgl. Oser/Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Zweiter Halbband, Art. 184-418, Zürich 1936, N. 13 Vorbemerkungen zu Art. 319-362 OR; Schweingruber, Arbeitsrecht, S. 41 f.
Die Auffassung, wonach das Arbeitsverhältnis wegen der ihm eigenen Fürsorge- und Treuepflichten ein 'personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis' darstelle, ist für das schweizerische Recht abzulehnen. vgl. Schweingruber Edwin, Kommentar zum Arbeitsvertrag des Schweizerischen Obligationenrechts, 5. Auflage des Kommentars zum Dienstvertrag, Bern/Zürich 1974, S. 22; derselbe, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 77/1958, S. 197; derselbe, Die Einwirkungen der Sozialversicherungen auf das Arbeitsverhältnis, in: Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung, 2/1958, S. 48; Nef Urs, Gemeinschaftsverhältnis und Eingliederungstheorie, Zwei neue Begriffe im schweizerischen Arbeitsrecht?, in: SJZ 67/1971, S. 238ff.; Rehbinder Manfred, Grundriss des schweizerischen Arbeitsrechts,3.,neubearbeitete Auflage, Bern 1975, S. 29 f.; a.M. Guhl/Merz/Kummer, S. 381; Botschaft Arbeitsvertrag, S. 296

2) vgl. die Uebersicht bei Nef, S. 239; dazu auch Schweingruber Edwin,in: Einwirkungen der Sozialversicherungen,S.47ff.

wahrnehmen. Das heisst: die Ausübung einzelner Arbeitgeberfunktionen lässt sich mit der Eigenschaft als abhängiger Arbeitnehmer durchaus vereinbaren. Das schliesst nicht aus, dass der Gesetzgeber in Bereichen ausserhalb des Arbeitsvertragsrechtes Arbeitnehmer in gehobenen Positionen in bestimmten Fällen aus dem Kreis der Arbeitnehmer herauslöst und sie teilweise sogar den Arbeitgebern gleichstellt.[1]

III. Abgrenzungen

1. Allgemeines

Keine Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsvertragsrechtes sind regelmässig die selbständigen Unternehmer, die Mitglieder der obersten geschäftsführenden Organe juristischer Personen, die im Unternehmen mitarbeitenden Gesellschafter einer Personengesellschaft und das Personal im öffentlichen Dienst (342 I lit. a OR). Sie stehen deshalb ausserhalb des für die vorliegende Arbeit gesteckten Rahmens. Auf die Vertragsverhältnisse des Gesellschafters und des Verwaltungsratsmitgliedes einer Aktiengesellschaft soll dennoch kurz eingetreten werden, da sie verschiedene Probleme aufwerfen.

2. Das Gesellschaftsverhältnis

In der Praxis entstehen oft Zweifel darüber, ob im gegebenen Fall ein Gesellschafts- oder ein Anstellungsverhältnis vorliegt. Einerseits kann der Beitrag, den der Gesellschafter im Rahmen des Gesellschaftsvertrages an die Verwirklichung des Gesellschaftszweckes beizusteuern hat, auch in der Leistung von Arbeit bestehen (531 I OR). Andererseits kann der Arbeitnehmer am Gewinn und Verlust des Unternehmens, für das

---

1) vgl. unten § 3 II. 2., IV. 4. und 5.

er tätig ist, beteiligt sein, ohne dass dadurch das Anstellungsverhältnis zu einem Gesellschaftsverhältnis wird (322 a OR). Die Frage, ob ein Gesellschafts- oder ein Anstellungsverhältnis vorliegt, kann deshalb jeweils nur unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalles entschieden werden; einzelne Merkmale der in Frage kommenden Vertragsarten sind für sich allein nicht ausschlaggebend.[1] Immer aber ist davon auszugehen, dass für die Gesellschaft die Gleichordnung der Vertragsparteien, für den Arbeitsvertrag dagegen die Unterordnung der einen Partei unter die andere kennzeichnend ist. Die Abgrenzung wird erschwert, wenn ein Gesellschafter neben dem Gesellschaftsverhältnis gleichzeitig in einem selbständigen Arbeitsvertrag zur Gesellschaft steht.[2]

3. Das Rechtsverhältnis des Verwaltungsratsmitgliedes einer Aktiengesellschaft zur Gesellschaft

Die Verwaltung ist das oberste ausführende Organ der Aktiengesellschaft. Sie besteht aus einer oder mehreren natürlichen Personen, die Aktionäre sein müssen (707 I OR). Diese treten mit der Annahme der Wahl in ein privatrechtliches Vertragsverhältnis zur Gesellschaft, das im wesentlichen die pflichtgemässe Erfüllung der für die Verwaltung in Gesetz, Statuten und Reglementen vorgesehenen Funktionen zum Inhalt hat.[3]

---

1) vgl.Siegwart Alfred, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, 4. Teil, Art. 530-619, Zürich 1938, N. 2, 56/63 und 69/73 Vorbemerkungen zu 530-551 OR
2) vgl. Siegwart, N.73 Vorbemerkungen zu 530-551 OR; SJZ 65/1969, S. 98, Nr. 44; Gautschi Georg, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI, 2. Abteilung, 4. Teilband, Art. 394-406, Dritte, neu bearbeitete Auflage, Bern 1971, N. 61 b zu 394 OR
3) vgl. Wolfers Arnold, Die Verwaltungsorgane der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses von Verwaltungsrat und Direktion , Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft LXVI., Aarau 1917, S. 24 ff.; Kolb Alfred, Die rechtliche Stellung der Mitglieder der Verwaltung nach schweizerischem Aktien-

Ueber die rechtliche Natur dieses Vertragsverhältnisses spricht sich das Gesetz nicht aus. In der Literatur hat die Frage zu Kontroversen geführt. Strittig ist, ob es sich um einen Auftrag, einen Arbeitsvertrag oder um einen contractus sui generis handelt.[1] Die herrschende Meinung nimmt einen mandatsähnlichen contractus sui generis an. Danach sind die Bestimmungen über den Auftrag sinngemäss anzuwenden, soweit das Aktienrecht, die Statuten und Reglemente der Gesellschaft und die Anordnungen der Generalversammlung den Verwaltungsratsmitgliedern keine anderen Bedingungen auferlegen.[2] Lediglich in Fällen, in denen ein oder mehrere Verwaltungsratsmitglieder als Delegierte hauptberuflich für die Gesellschaft tätig sind und daneben keine Direktion besteht, wird ein Ar-

---

recht, Diss. Zürich 1935, S. 5 ff.; Bürgi Wolfhart F., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, 5. Teil, b/2, Art. 698-738, Zürich 1969, N. 6 zu 708 OR, N. 8 zu 721 OR

1) Zum contractus sui generis im allgemeinen Guhl/Merz/Kummer, S. 289 f. und 419; Gautschi, N. 56 zu 394 OR, verneint für das schweizerische Recht die Möglichkeit eines Arbeitsvertrags sui generis.

2) vgl. Wolfers, S. 31 ff.; Kolb, S. 9 ff.; Germanier Marc, Die vermögensrechtliche Stellung der Verwaltungsratsmitglieder und Direktoren in den schweizerischen Aktiengesellschaften, Diss. St. Gallen 1954, S. 29; Bürgi, N. 8 zu 708 OR; Fuhrer Hans, Die Abberufung und die Demission der Organe der Aktiengesellschaft, insbesondere der Mitglieder des Verwaltungsrates nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1958, S. 16 ff.; Meier-Wehrli Jörg, Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff. OR / 41 ff. BkG., Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Neue Folge, Heft 296, Zürich 1968, S. 68 ff.; Schulthess Benno, Funktionen der Verwaltung einer Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1967, S. 18 ff.; Meyer Kurt, Die rechtliche Stellung des Delegierten des Verwaltungsrates nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1946, S. 36; BGE 44 II 132 ff., 53 II 411 f., 75 II 153
vgl. auch BJM 1955, S. 14 ff., wonach die gesetzliche oder statutarische Amtsdauer des Verwaltungsrates keine zeitliche Bindung i.S. des Arbeitsvertragsrechtes darstellt; a.M. Schucany Emil, Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, 2., neubearbeitete Auflage, Zürich 1960, N. 2 zu 705 OR

beitsvertrag oder ein arbeitsvertragsähnliches Rechtsverhältnis angenommen.[1]

IV. Direktoren, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte

A. Allgemeines

Grosse kaufmännische Unternehmen kleiden sich überwiegend in die Rechtsform der Aktiengesellschaft. Oberstes geschäftsführendes Organ der Aktiengesellschaft ist die Verwaltung. Sie führt die Geschäfte der Gesellschaft und vertritt sie nach aussen (717 I OR). Sie ist befugt, über alle Geschäfte Beschluss zu fassen, die nicht der Generalversammlung oder einem andern Gesellschaftsorgan vorbehalten sind (717 II OR). Besteht sie aus mehreren Personen, übt sie ihre Funktionen als Gesamtkollegium so weit aus, als abweichende Bestimmungen in den Statuten oder Reglementen der Gesellschaft fehlen (717 III OR). Diese subsidiäre gesetzliche Regelung findet in der Praxis nur selten, vorwiegend in kleineren Unternehmen, Anwendung.[2] Den Erfordernissen grösserer Unternehmen vermag sie nicht zu genügen. Hier besteht regelmässig das Bedürfnis, die Funktionen der Geschäftsführung und der Vertretung auf mehrere Träger aufzuteilen. Diesem Bedürfnis trägt das Gesetz in 714, 717 und 721 III OR Rechnung.

In 714 I OR sieht das Gesetz für den Verwaltungsrat zwingend einen Präsidenten und einen Protokollführer vor. Auf Grund von 714 II OR ist der Verwaltungsrat befugt, zur Ueberwachung des Geschäftsbetriebes und zur Berichterstattung aus seiner

---

1) vgl. Fuhrer, S. 17; Bürgi, N. 13 zu 708 OR; Wolfers, S. 34; Kolb, S. 11; Germanier, S. 29 f.; Meyer, S. 46

2) vgl. Wolfers, S. 39 ff.; Bürgi, N. 2 zu 712 OR

Mitte Ausschüsse zu bestellen. Eine statutarische oder reglementarische Ermächtigung ist nicht erforderlich.[1]

Nach 717 I und II OR hat die Gesellschaft die Möglichkeit, die Geschäftsführung oder einzelne Teile davon und - unter dem Vorbehalt von 717 I OR letzter Satz - die Vertretung der Gesellschaft auf einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates (Delegierte) oder auf Dritte, die nicht Aktionäre zu sein brauchen (Direktoren), zu übertragen.[2] Voraussetzung dazu

---

1) vgl. Holzach Christoph, Der Ausschuss des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft und die Haftungsverhältnisse bei verwaltungsinternen Delegierungen, Diss. Basel 1960, S. 39

2) 717 I OR spricht von einer 'Verteilung', 717 II OR von einer 'Uebertragung' der Geschäftsführung und Vertretung. Materiell bedeuten beide Ausdrücke das gleiche. vgl. Zimmermann Harry, Grundfragen der Stellung der Verwaltungsratsmitglieder, Direktoren und Prokuristen der AG in Gesetzgebung und Praxis, in: Die AG im neuen OR, Heft 9, Zürich 1946, S. 24 ff.; Bürgi, N. 21 zu 717 OR
Möglich ist auch hier die Ernennung von Ausschüssen. vgl. Holzach, S. 43 ff.
Teilweise umstritten ist die Frage, in welchem Umfange die nach Gesetz dem Verwaltungsrat obliegenden Aufgaben delegiert werden können. Lehre und Praxis unterscheiden in diesem Zusammenhang oft zwischen Verwaltungstätigkeit im weiteren Sinn (sämtliche Aufgaben der Verwaltung), Verwaltungstätigkeit im engeren Sinn (nicht delegierbare Aufgaben der Verwaltung), Geschäftsführung im weiteren Sinn (delegierbare Aufgaben), Geschäftsführung im engeren Sinn (Geschäftsführung nach innen) und Vertretung (Geschäftsführung nach aussen). Dabei umfasst die Verwaltungstätigkeit im weiteren Sinn die Verwaltungstätigkeit im engeren Sinn und die Geschäftsführung im weiteren Sinn. Letztere setzt sich ihrerseits zusammen aus der Geschäftsführung im engeren Sinn und aus der Vertretung. vgl. dazu Felber Richard, Die Direktion der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1949, S. 7 ff.; Eigenmann Ernst J., Das Reglement der Aktiengesellschaft, in: Die AG im neuen OR, Heft 11, Zürich 1952, S. 28 ff.; Zimmermann, S. 7 ff.; Wolfers, S. 13 ff., S. 72 ff.; Schulthess, S. 70 ff.; Meier-Wehrli, S. 6 ff.; Meyer, S. 25 ff.; Bürgi, N. 15 ff. zu 712 OR, N. 23 zu 717 OR; Holzach, S. 15 ff.; Lanz Paul Ulrich, Die Delegation der Befugnisse des Verwaltungsrates, Diss. Basel 1968, S. 45 ff.; Vischer Frank, Die Stellung der Ver-

ist eine entsprechende Ermächtigung in den Statuten oder Reglementen der Gesellschaft.[1]

Nach 721 III OR steht es der Verwaltung unter Vorbehalt anderer Regelung in den Statuten zu, Prokuristen und andere Bevollmächtigte zu ernennen.

Auf der Grundlage der angeführten Gesetzesbestimmungen hat sich in grossen Aktiengesellschaften eine Hierarchie der Geschäftsführung entwickelt. Dabei ist folgende weitestgehende Gliederung möglich: an der Spitze steht der Verwaltungsrat. Ihm gehören neben den ordentlichen Verwaltungsratsmitgliedern der Präsident des Verwaltungsrates, ein oder mehrere Vizepräsidenten, ein oder mehrere Delegierte und die Mitglieder der Ausschüsse an. Dem Verwaltungsrat folgt in der Hierarchie die Direktion. Sie umfasst Generaldirektoren, stellvertretende Generaldirektoren, Vizegeneraldirektoren, Direktoren, stellvertretende Direktoren und Vizedirektoren. Auf der untersten Stufe der Hierarchie stehen die Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten.[2]

---

waltung und die Grenzen der Delegationsmöglichkeit bei der grossen AG, in: Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Freiburg 1968, S. 345 ff.
In der Literatur werden für die Rechtsverhältnisse der Ausschüsse, Delegierten und Direktoren oft die Bestimmungen des Auftragsrechtes über die Substitution (398 III, 399 und 403 II OR) herangezogen. Dabei wird unterschieden zwischen dem Tatbestand der Ersatzbeauftragung einerseits und demjenigen der Unterbeauftragung andererseits. vgl. dazu Wolfers, S. 46 ff.; Felber, S. 4 ff.; Meyer, S. 40 ff.; Holzach, S. 31 ff.

1) vgl. Eigenmann, S. 61, S. 66; Zimmermann, S. 22 ff.; Felber, S. 4 ff.; Schulthess, S. 76 ff.; Bürgi, N. 18/20 zu 717 OR

2) vgl. Eigenmann, S. 43 ff.; Zimmermann, S. 32 ff.; Schulthess, S. 99 ff.

B. Direktoren

1. Bezeichnung und Begriff

Das Aktienrecht bezeichnet in 717 II OR als 'Direktoren' jene 'Dritten' ausserhalb des Verwaltungsrates, denen die Geschäftsführung[1] oder ein Teil derselben übertragen wird und die nicht Aktionäre zu sein brauchen. Wer die gleichen Funktionen ausübt und Mitglied des Verwaltungsrates ist, wird Delegierter genannt.[2]

In der Praxis wird der Titel 'Direktor' nicht einheitlich verwendet. Nicht alle Träger des Titels erfüllen die gesetzlichen Voraussetzungen. Direktor im Sinne des Obligationenrechtes ist nur, wer wesentliche Befugnisse der Geschäftsführung ausübt. Der Direktor haftet der Gesellschaft, den Aktionären und den Gläubigern der Gesellschaft bei schuldhafter Pflichtverletzung nach 754 OR. Die Gesellschaft hat andererseits für die unerlaubten Handlungen des Direktors nach 718 III OR einzustehen.[3] Auch Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte und weitere Arbeitnehmer der Gesellschaft können aus-

---

1) Geschäftsführung im weiteren Sinne, vgl. oben S. 38, Anm. 2

2) Die Unterteilung der geschäftsführenden Personen in Delegierte und Direktoren ist nicht zwingend. Die herrschende Meinung geht davon aus, dass Direktoren ohne weiteres in den Verwaltungsrat gewählt werden können. Auch tritt der Delegierte im Verkehr mit Dritten in der Praxis oft unter dem Titel eines Direktors auf. vgl. Bürgi, N. 27 zu 717 OR; Schucany, N. 3 zu 717 OR; Schulthess, S. 114; Eigenmann, S. 66; Germanier, S. 27; Felber, S. 10; Meyer, S. 62 ff.

3) vgl. Felber, S. 11; Germanier, S. 26; Eigenmann, S. 65; Wolfers, S. 70 f.; BGE 61 II 342; 65 II 5 f.; 68 II 98; 68 II 301; ZBJV 72/1936, S. 224; SJZ 61/1965, S. 381, Nr. 192
Die Nichterwähnung der Haftung aus Pflichtverletzung bei der V e r t r e t u n g der Gesellschaft in 754 OR ist ohne materielle Auswirkungen. vgl. dazu ausführlich Zimmermann, S. 7 f., S. 17 ff.

nahmsweise diese Voraussetzungen erfüllen, wenn sie für die Gesellschaft wesentliche Aufgaben wahrnehmen und selbständig Entscheidungen zu treffen haben.[1] Inhaber unterer Chargen in den Geschäftsführungshierarchien tragen in der Regel keinen Direktorentitel, sondern werden konkret 'Einkaufschef', 'Verkaufschef', 'Betriebsleiter', 'Abteilungsleiter' oder ähnlich genannt.[2] Die Praxis kennt auch den Begriff 'Geschäftsleitung'. Darunter können die Geschäftsführung als Funktion oder die mit der Geschäftsführung betrauten Organe verstanden werden.[3] Banken kennen den 'Filialdirektor'.[4]

2. Bedeutung und Gliederung der Direktion

In einem Unternehmen wird die Bedeutung der Direktion durch ihre Kompetenzen und Aufgaben bestimmt. Diese wiederum sind abhängig von der Grösse des Unternehmens, der Zahl der Direktoren und der organisatorischen Gliederung der Geschäftsführung.[5] In grösseren Gesellschaften sind die Direktoren nicht selten die eigentlichen Leiter des Unternehmens und als einzige umfassend über dessen Lage und Entwicklung

---

1) vgl. Schucany, N. 1 zu 754 OR; BGE 68 II 301, BlZR 44/1945, S. 164; BGE 44 II 136 f.; 72 II 66; Meier-Wehrli, S. 19
2) vgl. Felber, S. 2, S. 10; Wolfers, S. 70 f.; Pfyffer von Altishofen Heinrich, Die Direktion der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1919, S. 40
3) 722 I OR spricht von der 'Leitung der Geschäfte der Gesellschaft' und meint damit die Funktion der Geschäftsführung. 722 II Ziff. 2 OR handelt von der 'Geschäftsleitung' und bezeichnet damit die mit der Geschäftsführung betrauten, der Verwaltung untergeordneten Personen. vgl. Eigenmann, S. 34
4) vgl. Gautschi Georg, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band VI, 2. Abteilung, 6. Teilband, Art. 425-491 OR, Zweite, neu bearbeitete Auflage, Bern 1962, N. 5c zu 460 OR
5) vgl. Eigenmann, S. 68; Zimmermann, S. 35 f.; Germanier, S. 27

orientiert.[1] Die Bedeutung des Verwaltungsrates als gesetzliches Geschäftsführungsorgan tritt in solchen Fällen hinter seine Bedeutung als Aufsichtsorgan zurück.[2]

Kleinere Unternehmen haben in der Regel nur einen, grössere dagegen mehrere Direktoren. Weist ein Unternehmen mehrere Direktoren auf und ist für bestimmte Angelegenheiten ihr gemeinsames Handeln vorgeschrieben, spricht man von Direktionskomitee, Direktionskommission, Direktionsvorstand, Zentral-, General- oder Hauptdirektion.[3]

In grösseren Unternehmen mit mehreren Direktoren sind meist nicht alle Direktoren zur Vertretung der Gesellschaft befugt. Ohne Vertretungsbefugnis sind regelmässig die technischen Direktoren. Sie leiten die Produktionsbetriebe und stehen den Forschungs-, Prüfungs- und weiteren Spezialabteilungen vor.[4] Zur Vertretung befugt sind die kaufmännischen Direktoren. Sie stehen den Einkaufs-, Verkaufs-, Personal- und Finanzabteilungen vor.[5] Die Vertretung kann eine gesetzliche nach 718 I OR oder - seltener - eine Prokura oder Handlungsvollmacht sein.[6]

Die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Direktoren sind in der Regel kollektiv-, selten einzelzeichnungsberechtigt.[7]

---

1) vgl. Zimmermann, S. 30 f., S. 35, S. 38; Germanier, S. 27; Pfyffer von Altishofen, S. 10 f.
2) vgl. Zimmermann, S. 37 f.
3) vgl. Eigenmann, S. 65 f., S. 71; Germanier, S. 27; Wolfers, S. 77
4) vgl. Wolfers, S. 65; Eigenmann, S. 67, S. 75 f., S. 78; Felber, S. 47
5) vgl. Eigenmann, S. 67, S. 75 ff.
6) vgl. oben Ziff. 1
7) vgl. Zimmermann, S. 33

3. Die Direktion als Organ der Gesellschaft

Juristische Personen nehmen am Rechtsverkehr teil, indem natürliche Personen für sie handeln. Diese werden mit dem bildhaften Ausdruck 'Organ' bezeichnet.[1] Die wichtigsten Organe der Aktiengesellschaft, die Generalversammlung, die Verwaltung und die Kontrollstelle, nennt das Gesetz selbst. Darüber hinaus gelten alle jene Personen als Organe, die, ohne den genannten Gremien anzugehören, 'in selbständiger und unabhängiger Weise die eigentliche Geschäftsführung besorgen, die Gesellschaft nach aussen vertreten und als Träger des Gesellschaftswillens erscheinen.'[2] Auch die Direktion ist - per definitionem - ein Organ der Gesellschaft.[3]

4. Das Rechtsverhältnis des Direktors zur Gesellschaft[4]

Als Organ steht die Direktion in keinem rechtsgeschäftlichen Verhältnis zur Gesellschaft, sondern gilt als deren Bestandteil, da ihr Wille und ihre Handlungen Wille und Handlungen der Gesellschaft selbst darstellen.[5] Anders verhält es sich für das einzelne Mitglied der Direktion. Mit seiner Bestellung zum Direktor wird zwischen ihm als 'Organträger' und der Gesellschaft ein privatrechtlicher Vertrag, der im wesentlichen

---

1) vgl. 54/55 ZGB; 40, 698, 808 und 879 OR
2) Guhl/Merz/Kummer, S. 621; vgl. auch Meier-Wehrli, S. 1 f.; Felber, S. 13 ff.; Schulthess, S. 1 ff.; Eigenmann, S. 26 ff.; Wolfers, S. 1 ff.; Gutzwiller Max, Das Recht der Verbandsperson, Grundsätzliches, in: Gutzwiller Max (Herausgeber), Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Basel 1967, S. 479 ff.
3) vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 621; Eigenmann, S. 27 f.; Schulthess, S. 114 f.; Felber, S. 13 ff.; Meier-Wehrli, S. 20 f.; Fuhrer, S. 7; Wolfers, S. 75 ff.; Germanier, S. 28; Bürgi, N. 27 und 29 zu 717 OR; Schucany, N. 3 zu 717 OR
4) Die folgenden Ausführungen beziehen sich nicht auf Geschäftsführer, die ihre Tätigkeit auf der Grundlage einer Prokura oder Handlungsvollmacht ausüben. vgl. oben Ziff. 1
5) BGE 44 II 137

die Erfüllung derjenigen Aufgaben zum Gegenstand hat, die durch die Kompetenzverteilung an das abstrakt gedachte Organ umschrieben sind, begründet. Bestellung und Vertragsschluss sind dabei untrennbar miteinander verbunden.[1]

Nicht leicht zu beantworten ist die Frage nach der rechtlichen Natur des Vertragsverhältnisses des Direktors. In Frage kommen der Arbeitsvertrag (319 ff. OR) und der Auftrag (394 ff. OR), sofern das Vertragsverhältnis überhaupt einer bestimmten Vertragsart des Obligationenrechtes zugeordnet werden kann. Die rechtliche Qualifizierung wird dadurch erschwert, dass eine scharfe, leicht benutzbare Abgrenzung der beiden genannten Vertragsarten fehlt. Die herrschende Meinung nimmt einen Arbeitsvertrag an. Obschon der Direktor verglichen mit andern Arbeitnehmern eine relativ unabhängige Stellung innehat und seine Befugnisse im Einzelfall sehr weit gehen können, ist er doch grundsätzlich in den Betrieb der Gesellschaft eingegliedert und unterliegt den Weisungen der ihm übergeordneten Organe. Er hat nicht nur einzelne bestimmte, sondern alle in seinen durch Statuten, Reglemente, Beschlüsse übergeordneter Organe oder durch besondere Vereinbarung umgrenzten Kompetenzbereich fallenden Aufgaben zu erfüllen. Seine Anstellung ist durchwegs auf Dauer gerichtet und beansprucht seine ganze Arbeitszeit und seine ganze Arbeitskraft. Für seine Tätigkeit bezieht er ein Entgelt. Seine wirtschaftliche Existenz ist in der Regel ganz an das Unternehmen gebunden.[2]

---

1) vgl. hinten § 10 I. 2.
2) vgl. Reber Klara, Abgrenzung zwischen Dienstvertrag, Werkvertrag und Auftrag im Römischen, Schweizerischen und Deutschen Recht, Diss. Basel 1972, S. 66, S. 97; Eigenmann, S. 66; Germanier, S. 30; Meier-Wehrli, S. 70; Felber, S. 34 ff; Wolfers, S. 62, S. 81 ff.; Fuhrer, S. 89; Brand Heinrich, Die Stellung des leitenden Angestellten im schweizerischen Recht, mit einer Uebersicht über das deutsche Recht, Diss. Basel 1959, S. 93; Meyer, S. 40 ff.,

Aus den Bestimmungen des Aktienrechtes über die Geschäftsführung ergeben sich für den Direktor Abweichungen vom gewöhnlichen Arbeitsvertragsrecht. Das gilt vor allem für das Verantwortlichkeitsrecht (754 OR)[1]. Eine weitere Besonderheit des Anstellungsverhältnisses des Direktors besteht darin, dass sich sein Inhalt nicht nur aus dem (formellen) Anstellungsvertrag, sondern teilweise auch aus den Statuten und Reglementen der Gesellschaft ergibt.[2]

C. Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte

1. Begriff

Prokurist ist nach 458 I OR, 'wer von dem Inhaber eines Handels-, Fabrikations- oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes ausdrücklich oder stillschweigend ermächtigt ist, für ihn das Gewerbe zu betreiben und "per procura" die Firma zu zeichnen.'[3] Neben dieser 'kaufmännischen'

S. 50 f., S. 62 f.; Bürgi, N. 27 zu 717 OR; Schulthess, S.111; Hug Walther, Das Kündigungsrecht, Bd. I, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Neue Folge, Heft 2, Aarau 1926, S. 4; Becker Hermann, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI, 2. Abteilung, Art. 184-551, Bern 1934, N. 9 zu 333 OR; BGE 53 II 411 f.; 36 II 223; BlZR 24/1925, S. 357, Nr. 207; Gautschi, N. 61/62 zu 394 OR; 5 II AHVG i.V. mit 12 AHVV, dazu Binswanger Peter, Kommentar zum Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, Zürich 1950, S. 40 ff., Ziff. 3 zu 5 AHVG; Maurer Alfred, Recht und Praxis der schweizerischen obligatorischen Unfallversicherung, zweite, neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Bern 1963, S. 41 oben, S. 52 ff.; a.M. offenbar Rehbinder, S. 23; Schenk Peter, Der Einzelarbeitsvertrag, Zürich 1973, S. 3 f. Vorausgesetzt ist immer, dass der Direktor nicht namhaft am Aktienkapital der Gesellschaft beteiligt ist.

1) vgl. oben Ziff. 1; hinten § 14
2) vgl. hinten § 11 II.
3) Zum Begriff der Prokura ausführlich Knoepfel Hans Peter, Die Prokura nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1954, S. 10 ff.; Gautschi, N. 1/6 Vorbemerkungen zur kaufmännischen Geschäftsführung, N. 1/19 zu 458 OR

sieht das Gesetz in 458 III OR auch eine 'nicht kaufmännische' Prokura vor. Auch sie setzt auf seiten des Geschäftsherrn den Betrieb eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes voraus. Im Gegensatz zur 'kaufmännischen' Prokura kann sie aber auch durch einen Geschäfts- und Gewerbebetrieb bestellt werden, der berechtigt aber nicht verpflichtet ist, sich im Handelsregister eintragen zu lassen.[1] Ein weiterer Unterschied besteht lediglich im Zeitpunkt der Begründung der Prokura. Die 'kaufmännische' Prokura entsteht mit der Vollmachterteilung durch den Geschäftsherrn, die 'nicht kaufmännische' Prokura erst mit dem Handelsregistereintrag.[2] Der Umfang der Prokura ist für beide Fälle gesetzlich geregelt. Er umfasst die Vornahme aller Rechtshandlungen, die der Zweck des Gewerbes oder Geschäftes des Geschäftsherrn mit sich bringen kann, sowie die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, nicht aber die Veräusserung und Belastung von Grundstücken.[3] Mittels Eintragung im Handelsregister kann die Prokura auf den Geschäftskreis einer Zweigniederlassung beschränkt oder so erteilt werden, dass nur mehrere Zeichnungsberechtigte zusammen den Geschäftsherrn gültig verpflichten können (Kollektiv-Prokura).[4] Weitergehende Beschränkungen sind gutgläubigen Dritten gegenüber wirkungslos.[5]

Handlungsbevollmächtigter i.S. von 462 I OR ist, wer ohne Prokurist zu sein vom Inhaber eines Handels-, Fabrikations- oder eines andern nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes ermächtigt ist, in dessen Namen und für dessen Rechnung allein oder nur mit andern Personen zusammen das ganze Gewerbe (Generalhandlungsvollmacht) oder einzelne Geschäftszweige daraus (Spezialhandlungsvollmacht) zu betrei-

---

1) vgl. Gautschi, N. 13 c zu 458 OR; vgl. unten § 9 II.3.a.
2) 458 II und III OR
3) 459 OR
4) 460 I und II OR
5) 460 III OR

ben.[1] Auch der Umfang der Handlungsvollmacht ist gesetzlich umschrieben. Er umfasst nach 462 OR alle Rechtshandlungen, die das Gewerbe des Geschäftsherrn oder der Geschäftszweig, für den der Handlungsbevollmächtigte bestellt ist, gewöhnlich mit sich bringt, nicht aber die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, die Aufnahme von Darlehen und die Prozessführung.[2] Dritte dürfen sich auf diese gesetzliche Umschreibung der Vollmacht des Handlungsbevollmächtigten verlassen, solange sie gutgläubig sind.

2. Stellung des Prokuristen und des Handlungsbevollmächtigten im Unternehmen des Geschäftsherrn

Nach der gesetzlichen Umschreibung der Prokura in 458 I OR darf der Prokurist das Gewerbe des Geschäftsherrn grundsätzlich in gleicher Art und Weise leiten wie der Geschäftsherr selbst. Er ist deshalb schon als das 'alter ego' des Geschäftsherrn bezeichnet worden.[3] Heute ist er praktisch nur in kleineren Unternehmen, vorwiegend in Einzelfirmen, Geschäftsführer in leitender Funktion. In mittleren und grösseren Unternehmen, deren Geschäftsführung hierarchisch gegliedert ist, steht er - zusammen mit dem Handlungsbevollmächtigten - auf den unteren Stufen der Geschäftsführungskompetenzen. Er ist Stellvertreter eines Direktors für eine bestimmte Abteilung oder leitet selbst eine Unterabteilung.[4] Unternehmen mit Zweigniederlassungen, namentlich Banken, kennen den Filialprokuristen.[5] In der Praxis ist der Prokurist regelmässig kollektivzeichnungsberechtigt; die Einzelprokura bildet die Ausnahme.[6]

---

1) vgl. dazu Wagner Karl, Die Handlungsvollmachten nach Art. 462 des Obligationenrechts, Diss. Zürich 1945, S. 5 ff.; Gautschi, N. 1/7 zu 462 OR
2) Wagner, S. 25 ff.; Gautschi, N. 8/12 zu 462 OR
3) vgl. Gautschi, N. 3a zu 458 OR; Knoepfel, S. 11
4) vgl. Gautschi, N. 3b zu 458 OR; Eigenmann, S. 72
5) vgl. Gautschi, N. 5 zu 460 OR
6) vgl. Eigenmann, S. 72

Der Handlungsbevollmächtigte ist in der Grosszahl der Fälle Spezialhandlungsbevollmächtigter und nur zur Vornahme ganz bestimmter Geschäfte ermächtigt. Die Generalhandlungsvollmacht ist lediglich bei Personengesellschaften des öftern anzutreffen.[1]

3. Das Rechtsverhältnis des Prokuristen und des Handlungsbevollmächtigten zum Geschäftsherrn

Prokura und Handlungsvollmacht sind nach herrschender Meinung abstrakte Vollmachten. Sie werden durch einseitige Willenserklärung des Geschäftsherrn an den Bevollmächtigten begründet[2] und bestehen unabhängig von einem allfällig zugrunde liegenden Rechtsverhältnis (z.B. Arbeitsvertrag).[3] Da sie einen Sonderfall der Stellvertretung darstellen, sind zur Ergänzung ihrer gesetzlichen Regelung in 458 ff. OR die allgemeinen Stellvertretungsnormen in 32 ff. OR heranzuziehen. Das Auftragsrecht dagegen, in dessen Zusammenhang sie geregelt sind, kommt nach herrschender Meinung nicht zur Anwendung.[4]

---

1) vgl. Eigenmann, S. 72
2) vgl. Knoepfel, S. 35; Wagner, S. 13; Oser/Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, 3. Teil, Art. 419-529, Zweite, umgearbeitete Auflage, Zürich 1945, N. 2 Vorbemerkungen zu 458/65 OR; vgl. hinten § 10 I.3.
3) vgl. 465 I OR, Guhl/Merz/Kummer, S. 152; Becker, N. 3 zu 458 OR; Oser/Schönenberger, N. 2 Vorbemerkungen zu 458/65 OR; Knoepfel, S. 11; Wagner, S. 11 ff.
4) vgl. Oser/Schönenberger, N. 2 Vorbemerkungen zu 458/65 OR; a.M. teilweise Gautschi, N. 1 und 3 Vorbemerkungen zur kaufmännischen Geschäftsführung, N. 1b, 2b, 5 und 10 zu 458 OR, N. 6/7 zu 462 OR. Danach ist die Abstraktheit der kaufmännischen Vollmachten im schweizerischen Recht nicht konsequent durchgeführt: Prokurist und Handlungsbevollmächtigter erscheinen immer als Rechtshandlungs b e a u f t r a g t e , selbst dann, wenn sie in einem Arbeitsverhältnis zum Geschäftsherrn stehen. Auf die kaufmännische Geschäftsführung ist deshalb immer auch Auftragsrecht anzuwenden. Das gilt insbesondere für die Entstehung und

In der Praxis werden Prokura und Handlungsvollmacht meist Personen erteilt, die mit dem Geschäftsherrn durch einen Arbeitsvertrag nach 319 OR verbunden sind.[1] Das Rechtsverhältnis des Prokuristen und des Handlungsbevollmächtigten zum Geschäftsherrn beurteilt sich damit sowohl nach den Regeln des Arbeitsvertragsrechtes als auch nach den Vorschriften über die kaufmännische Geschäftsführung in 458 ff. OR. In bestimmten Fällen können zudem gesellschaftsrechtliche Normen zu Anwendung kommen.[2]

---

die Beendigung des Geschäftsführungsverhältnisses, für die Haftung des Bevollmächtigten gegenüber dem Geschäftsherrn aus allgemeiner Treue- und Sorgfaltsverletzung und aus Weisungsverletzung, für befugte und unbefugte Substitution sowie für die Ablieferungs- und Rechenschaftspflicht und den Auslagen-, Verwendungs- und Schadenersatzanspruch des Bevollmächtigten. Ebenso finden die im Auftragsrecht enthaltenen Grundsätze über den Umfang von Vollmacht und Auftrag Anwendung, soweit der 17. Titel keine ausdrücklichen Sondernormen enthält.

1) vgl. 464 I OR; 465 I OR; Gautschi, N. 3 Vorbemerkungen zur kaufmännischen Geschäftsführung; Wagner, S. 12 f.

2) vgl. oben, B. 1.

§ 3 LEITENDER ARBEITNEHMER: TRAEGER LEITENDER FUNKTIONEN

I. Allgemeines

Der leitende Arbeitnehmer muss im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses eine Tätigkeit ausüben, die man als 'leitend' bezeichnen kann.[1] Die Merkmale einer leitenden Tätigkeit müssen dem Gesetz selbst entnommen werden.[2] Im folgenden sind deshalb die einzelnen Teile des Arbeitsrechts kurz daraufhin durchzusehen, ob sie einzelnen Arbeitnehmern im Hinblick auf ihre führende Position in bestimmten Fällen eine rechtliche Sonderstellung angedeihen lassen.[3]

II. Einzelarbeitsvertragsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit

1. Einzelarbeitsvertragsrecht

Das Einzelarbeitsvertragsrecht (319 ff. OR) kennt weder den Begriff 'leitender Arbeitnehmer' noch einen sinnverwandten Ausdruck. Arbeitnehmer in gehobenen Positionen unterliegen grundsätzlich den gleichen Regeln wie die rein weisungsgebundenen Arbeitnehmer. Das bedeutet aber nicht, dass die berufliche Stellung eines Arbeitnehmers in bezug auf seine rechtlichen Beziehungen zum Arbeitgeber bedeutungslos ist. So setzt beispielsweise die Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes für die Zeit nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach

---

1) vgl. Einleitung
2) vgl. § 1
3) Das Arbeitsrecht wird üblicherweise aufgeteilt in das Arbeitsvertragsrecht, das Arbeitsschutzrecht und das kollektive Arbeitsrecht. vgl. Schweingruber Edwin, Sozialgesetzgebung der Schweiz, Ein Grundriss, Zürich 1955, S. 111 ff.

340 II OR unter anderem voraus, dass der Arbeitnehmer kraft seiner Stellung im Unternehmen Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse des Arbeitgebers erlangen und diesen durch Verwendung der dadurch gewonnenen Kenntnisse erheblich schädigen kann. Dadurch wird erreicht, dass praktisch nur Arbeitnehmer in gehobener Position einem Konkurrenzverbot unterstellt werden können. Für untergeordnete Arbeitnehmer ist ein Konkurrenzverbot in der Regel ausgeschlossen.[1] Die Stellung und die Verantwortung des Arbeitnehmers in gehobener Position bringen es weiter mit sich, dass beim Abschluss des Anstellungsvertrages bestimmten Fragen ein anderes Gewicht zukommt als bei demjenigen des Arbeitsvertrags anderer Arbeitnehmer.[2]

2. Arbeitsgerichtsbarkeit

Unter Arbeitsgerichtsbarkeit wird hier lediglich die staatliche Zivilrechtspflege in Arbeitssachen durch Sondergerichte verstanden.[3]

Die Organisation der Gerichte und des Gerichtsverfahrens ist grundsätzlich Sache der Kantone (64 III BV). Dennoch stellt das Obligationenrecht in Artikel 343 für das Gerichtsverfahren bei bestimmten Arbeitsstreitigkeiten gewisse Richtlinien auf: für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von fünftausend Franken ist ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren, in dem der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat, vorzusehen. Die Hälfte der Kantone hat als erste Instanz für solche Streitigkeiten besondere Arbeitsgerichte (Gewerbegericht, gewerbliches Schiedsgericht, Conseil de prud'hommes, Collegio

---

1) vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 410
2) vgl. hinten § 11 I.2.
3) vgl. hinten IV.5.

dei probiviri) geschaffen.[1] Ihre Besonderheit liegt nicht nur im Verfahren, sondern auch in ihrer Besetzung: Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestimmter Berufsgruppen wirken in gleicher Zahl als Richter mit. Arbeitnehmer in leitender Stellung gelten dabei hinsichtlich ihrer Wählbarkeit als Arbeitgeber.[2] So sind beispielsweise nach § 12 II des Gesetzes über die Arbeitsgerichte des Kantons Solothurn vom 20.5.1973 'leitende Arbeitnehmer, wie Direktoren, Betriebsleiter, Geschäftsführer, Prokuristen' bezüglich ihrer Wählbarkeit als Arbeitgeber zu betrachten. Eine allgemeine Definition des leitenden Arbeitnehmers gibt das Gesetz nicht. Es begnügt sich damit, einige Beispiele leitender Arbeitnehmer anzuführen.

Nach § 11 I des Gerichtsverfassungsgesetzes des Kantons Zürich vom 29.1.1911 sind 'höhere Angestellte, wie Direktoren und Prokuristen' für die Wahl in das Gewerbegericht der Gruppenabteilung der Arbeitgeber zuzuteilen. Daraus hat die Rechtsprechung in konstanter Praxis abgeleitet, dass Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und den bei ihnen tätigen höheren Angestellten vor den ordentlichen Gerichten und nicht vor dem Gewerbegericht auszutragen seien, da sie sich nach dem Willen des Gesetzgebers als Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern darstellten.[3] Zur Prüfung seiner sachlichen Zuständigkeit hat das Gewerbegericht Kriterien zur Erfassung des höheren Angestellten entwickelt. Diese erfüllt, 'wer im Betriebe des Ar-

---

1) vgl. die Zusammenstellung bei Rehbinder, S. 173; Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zweite verbesserte und vermehrte Auflage, Zürich 1958, S. 21
2) vgl. Rehbinder, S. 173; Guldener, S. 23
3) vgl. BlZR 59/1960, Nr. 29 und dort zitierte Entscheide; a.M. Bericht und Antrag des Regierungsrates an den Kantonsrat von Solothurn vom 25. August 1972 (Gesetz über die Arbeitsgerichte), S. 19, wonach auch die leitenden Arbeitnehmer in einem sie direkt betreffenden Streitfall mit der obersten Geschäftsleitung als Arbeitnehmer vor dem Arbeitsgericht auftreten können.

beitgebers einen ausgesprochenen Vertrauensposten mit selbständiger Stellung und leitenden Funktionen, sei es kaufmännischer, sei es technischer Art (Betriebsleitung), bekleidet und damit die Position eines Prinzipals besitzt.'[1] Die höheren Angestellten zeichnen sich gegenüber andern Arbeitnehmern dadurch aus, 'dass ihnen allen, dem einen in höherem, dem andern in geringerem Umfange, leitende Befugnisse im Sinne des Rechtes zu selbständigen, wichtigen Dispositionen neben oder an Stelle des Arbeitgebers oder höherer Vorgesetzter zukommen, sei es einzeln oder im Zusammenwirken mit einem weiteren höheren Angestellten (Kollektivprokura!). Nur dort, wo einem Arbeitnehmer dieser Einfluss auf einen mehr oder minder grossen Abschnitt der Unternehmensführung im Wege selbständig gefasster und durchgeführter Willensentschlüsse zukommt, kann von einem 'höheren' Angestellten im Sinne von § 11 Abs. 1 GVG gesprochen werden.'..'Nur dort rechtfertigt sich auch der vom Gesetzgeber gewählte Vergleich mit einem Direktor oder Prokuristen, Arbeitnehmern also, die nach dem hergebrachten Aufbau der Arbeitnehmerschaft eines einzelnen Betriebes und der Terminologie zu den Personen gehören, welche an der Unternehmensleitung dergestalt beteiligt zu sein pflegen, dass sie den Arbeitgeber auch Dritten gegenüber zu verpflichten vermögen.'[2] Kein höherer Angestellter ist, wer wesentliche Entscheidungen lediglich vorzubereiten und allenfalls Antrag zu stellen hat, selbst aber nicht befugt ist, zu entscheiden und den Arbeitgeber Dritten gegenüber zu verpflichten.[3] Das Gewerbegericht Zürich hat es nach BlZR 59/1960, Nr. 29 abgelehnt, einen als Bürochef angestellten Architekten, dem die vertrags- und ausführungsreife Gestaltung der

---

1) BlZR 59/1960, Nr. 29, S. 73; vgl. auch die weiteren an dieser Stelle zitierten Entscheide
2) BlZR 59/1960, Nr. 29, S. 75
3) BlZR 59/1960, Nr. 29, S. 75

Bauprojekte einschliesslich Ausmassen und Kostenvoranschlag, der Verkehr mit der Bauherrschaft und den Bauhandwerkern und die Vertretung des Arbeitgebers bei dessen Abwesenheit vom Büro übertragen war, als höheren Angestellten zu betrachten.

III. Arbeitsschutzrecht

1. Allgemeines

Das Arbeitsschutzrecht umfasst alle Erlasse, die dem Arbeitgeber zum Schutze der körperlichen und geistigen Integrität des Arbeitnehmers bestimmte Pflichten auferlegen. Es wird von den Behörden mit den Mitteln des öffentlichen Rechts von Amtes wegen durchgesetzt.[1]

Das schweizerische Arbeitsschutzrecht ist im wesentlichen im Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964 mit den Verordnungen I (Allgemeine Verordnung) und II (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern) vom 14. Januar 1966 und der Verordnung III vom 26. März 1969 niedergelegt.[2] Mit dem Inkraftsetzen des Gesetzes wurden die kantonalen Vorschriften über die im Gesetz geregelten Belange aufgehoben (73 I lit. a ArG). Vorbehalten bleiben lediglich Polizeivorschriften der Kantone und der Gemeinden über die Bau-,Feuer-, Gesundheits- und Wasserpolizei, über die Sonntagsruhe, die Oeffnungszeiten von Betrieben, welche dem Detailverkauf, der Bewirtung und der Unterhaltung dienen, sowie Vorschriften über die ärztliche Untersuchung von Jugendlichen (73 III ArG).

---

1) vgl. Schweingruber, Sozialgesetzgebung, S. 111 f.
2) vgl. dazu die übersichtsweise Zusammenstellung der Rechtsquellen des Arbeitsschutzrechtes bei Rehbinder, S. 20; Schenk, S. 7

2. Arbeitsgesetz

Dem Arbeitsgesetz unterstehen alle öffentlichen und privaten Betriebe (1 ArG).[1] In persönlicher Hinsicht unterstehen ihm alle in einem dieser Betriebe tätigen Arbeitnehmer. Ausgenommen vom persönlichen Geltungsbereich sind unter anderem nach 3 lit. d ArG 'Arbeitnehmer, die eine höhere leitende Tätigkeit oder eine wissenschaftliche oder selbständige künstlerische Tätigkeit ausüben.' Eine höhere leitende Tätigkeit übt nach Artikel 7 der Verordnung I aus, 'wer in einem Betrieb oder Betriebsteil über Entscheidungsbefugnis in wesentlichen Angelegenheiten verfügt und eine entsprechende Verantwortung trägt.'

Soweit ersichtlich, stellt Artikel 7 der Verordnung I zum Arbeitsgesetz den einzigen Versuch des Gesetzgebers dar, die leitende Tätigkeit in allgemeiner Form zu umschreiben. Die Begriffsbestimmung hat den Vorteil, dass sie auf formale Kriterien wie Titel, Dienststellenbezeichnung oder besonders qualifizierte Ausbildung verzichtet und damit der Mannigfaltigkeit der betrieblichen Verhältnisse gerecht zu werden vermag. Dadurch hat sie aber auch den Nachteil, selbst wieder auslegungsbedürftig zu sein.

Damit ein Arbeitnehmer eine höhere leitende Tätigkeit im Sinne des Arbeitsgesetzes ausübt, muss er sowohl über Entscheidungsbefugnis in 'wesentlichen Angelegenheiten ' verfügen als auch eine 'entsprechende Verantwortung' tragen. 'Wesentliche Angelegenheiten' sind dabei diejenigen, 'welche geeignet sind, den Gang des Unternehmens als Gesamtes oder doch eines seiner wesentlichen Teile (Abteilung, Zweignieder-

---

1) Ausnahmen vom betrieblichen Geltungsbereich enthalten 2 und 4 ArG.

lassung usw.) nachhaltig zu beeinflussen.'[1] Unter 'entsprechender Verantwortung' ist die Befugnis zu verstehen, Entscheidungen in wesentlichen Angelegenheiten 'mehr oder weniger selbständig zu treffen und sie gegenüber der obersten Unternehmensführung zu vertreten.'[2] Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, ist von Fall zu Fall zu entscheiden. Dabei ist das Gesetz eher restriktiv auszulegen, da es nicht nur von einer leitenden Tätigkeit, sondern von einer 'höheren' leitenden Tätigkeit spricht.[3] Bestehen über die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes auf einzelne Arbeitnehmer Zweifel, so entscheidet nach 41 III ArG die kantonale Behörde. Gegen ihren Entscheid ist nach 57 I ArG die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht möglich.

Als Beispiele für Personen mit einer höheren leitenden Tätigkeit finden sich in der Literatur folgende: die zur Vertretung und Geschäftsführung befugten Kollektivgesellschafter, die unbeschränkt haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft, die in einer juristischen Person zur Geschäftsführung und Vertretung befugten Personen, Direktoren, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte, Betriebsleiter, Filialleiter, Bauführer auf grossen und unabhängigen Baustellen, Verwalter eines Spitals, Personen, die Personal einstellen und entlassen können sowie Arbeitnehmer, die selbständig Dispositionen über An- und Verkauf von Rohstoffen und andern Gütern treffen können.[4] Keine höhere leitende Tätigkeit üben

---

1) Hug Walther (Herausgeber), Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971, N. 13 zu 3 ArG; in gleichem Sinne BGE 98 Ib 347 f., E. 2
2) Hug, Kommentar, N. 13 zu 3 ArG
3) Hug, Kommentar, N. 14 zu 3 ArG, BGE 98 Ib 347 f., E. 2
4) vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 30. September 1960, in: Bundesblatt 112/1960, Bd. II, S. 947 f.; Hug, Kommentar, N. 12/14 zu 3 ArG; Naegeli Eduard (Herausgeber), Einführung in das Arbeitsgesetz, Bern 1966, S. 78

Poliere, Werkmeister, Gruppenchefs und Vorarbeiter aus.[1]

Gelegentlich gelten auch Arbeitnehmer, die über keine Entscheidungskompetenzen in wesentlichen Angelegenheiten verfügen, sondern 'lediglich' eine hochqualifizierte Tätigkeit ausüben, beispielsweise Chemiker, Physiker, Ingenieure, Betriebs- und Volkswirtschafter und andere Hochschulabsolventen mit Spezialaufgaben, als leitende Arbeitnehmer.[2] Eine höhere leitende Tätigkeit im Sinne von 3 lit. d ArG üben sie nicht aus. Dagegen ist zu prüfen, ob sie im Sinne der selben Gesetzesbestimmung eine 'wissenschaftliche Tätigkeit' ausüben. Es genügt nicht, dass eine Tätigkeit eine spezielle wissenschaftliche Ausbildung verlangt oder wissenschaftliche Methoden verwendet. Wissenschaftlich ist nur jene Tätigkeit, 'die ausschliesslich oder überwiegend im Dienste reiner Forschung und ausserhalb der Produktion erfolgt.'[3] Somit üben beispielsweise die bei einer Versicherungsgesellschaft angestellten Rechtskonsulenten und Mathematiker keine wissenschaftliche Tätigkeit im Sinne des Gesetzes aus. Ebensowenig fallen zum Beispiel Produktionsplanung und Arbeitsvorbereitung unter wissenschaftliche Tätigkeiten, da sie mit der Produktion zusammenhängen.[4]

---

f., lit. d; Sovilla Kurt, Vom Fabrikgesetz zum Arbeitsgesetz, Sonderdruck aus der Schweizerischen Arbeitgeber-Zeitung Nr. 6, 7, 8 und 9 vom 10., 17., 24. Februar und 5. März 1966, S. 11 f., lit. b/aa; Bigler Walter, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern/Zürich 1966, N. 7 zu 3 ArG; Canner/Schoop, Arbeitsgesetz, Taschenausgabe, Zürich 1968, S. 12, Anm. 7 zu 3 ArG; Hindermann Walter, Einführung in das neue Arbeitsgesetz, Zürich 1964, S. 21, N. 6 zu 3 ArG; Fink Manfred, Das Arbeitsgesetz, in: Schweizerische Gewerbe-Zeitung 1966, Nr. 5, S. 2

1) vgl. Botschaft Arbeitsgesetz, S. 947; Hug, Kommentar, N. 14 zu 3 ArG; Naegeli, S. 78 f., lit. d
2) vgl. Brand, S. 34, S. 42 ff.
3) Verfügung des Industrie- und Gewerbeinspektorates des Kantons Thurgau vom 7. Oktober 1968, in: ARV 1969, S. 55
4) vgl. Hug, Kommentar, N. 15 zu 3 ArG; Botschaft Arbeitsgesetz, S. 948; Naegeli, S. 79; Sovilla, S. 12, lit. b/bb;

3. Gesetz über die öffentlichen Ruhetage vom 24. Mai 1964(Solothurn)

Nach § 5 Ziff. 3 des Solothurnischen Gesetzes über die öffentlichen Ruhetage vom 24. Mai 1964 ist an den öffentlichen Ruhetagen die Beschäftigung von Arbeitnehmern sowie die Abhaltung von Zahltagen verboten. Gemäss § 3 Ziff.8 der Vollziehungsverordnung vom 6. Oktober 1964 sind vom Beschäftigungsverbot an Ruhetagen ausgenommen die Geschäfts- und Betriebsinhaber 'sowie sämtliche Personen, welche leitende Stellungen bekleiden.'

IV. Kollektives Arbeitsrecht

1. Allgemeines

Das kollektive Arbeitsrecht umfasst alle Rechtsnormen, die sich mit den Beziehungen zwischen Gruppen oder Organisationen von Arbeitnehmern einerseits und einzelnen Arbeitgebern oder Gruppen und Organisationen von Arbeitgebern andererseits befassen.[1] Es umfasst das Berufsverbandsrecht, das kollektive Vertragsrecht, das Betriebsverfassungsrecht und das Arbeitskampfrecht.[2]

2. Berufsverbandsrecht

Das Berufsverbandsrecht umfasst im wesentlichen das Personenrecht der Berufsverbände und das Koalitionsrecht.[3]

Bigler, N.8 zu 3 ArG; Canner/Schoop, S.12, Anm. 8 zu 3 ArG

1) vgl. Schweingruber/Bigler, Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag mit Einschluss der Allgemeinverbindlicherklärung, Zweite, überarbeitete Auflage, Bern/Zürich 1972, S. 11; Schweingruber, Sozialgesetzgebung, S.112; Rehbinder, S. 121
2) vgl. Schweingruber/Bigler, S. 11 f.
3) vgl. Schweingruber/Bigler, S. 11, S. 14 ff.; Rehbinder, S. 121 ff.

Berufsverbände sind Zusammenschlüsse (Vereine) von Arbeitnehmern oder Arbeitgebern mit dem Zweck, die Interessen ihrer Mitglieder im Arbeits- und Wirtschaftsleben zu wahren und zu fördern.[1]

In der Bundesrepublik Deutschland sind die leitenden Angestellten in eigenen Berufsorganisationen zusammengeschlossen. Spitzenverband ist die 'Union der leitenden Angestellten' (ULA).[2] Sie nimmt Aufgaben wahr, die sich für ihre Mitgliederverbände gemeinsam stellen. Sie fordert insbesondere die Anerkennung der Sonderstellung der leitenden Angestellten im Betrieb und im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht und bemüht sich um die wirtschaftliche Sicherung der leitenden Angestellten.[3] In der Schweiz bilden Arbeitnehmer in leitender Stellung keine eigenen Berufsorganisationen. Ihre Interessen werden aber teilweise durch die in der 'Vereinigung Schweizerischer Angestelltenverbände' zusammengeschlossenen Angestelltenorganisationen wahrgenommen.[4] Hervorzuheben sind in

---

1) vgl. Rehbinder, S. 121
2) In der ULA sind zusammengeschlossen: Verband der Führungskräfte in Bergbau, Mineralölindustrie und Kraftwirtschaft e.V.; Verband angestellter Akademiker der chemischen Industrie e.V.; Verband oberer Angestellter der Eisen- und Stahlindustrie e.V.; Verband angestellter Akademiker der Metallindustrie e.V.; Bund der Coloristen und Textilingenieure der deutschen Farbenfabriken - Coloristenbund; Verband Deutscher Diplomlandwirte e.V. - Sparte Privatangestellte; Verband Deutscher Diplom-Ingenieure e.V.; vgl. Deutscher Gewerkschaftsbund, 30 000 'Leitende Angestellte' bestellen beim DGB einen Musterarbeitsvertrag, Bericht über eine Aktion des Deutschen Gewerkschaftsbundes sowie über eine repräsentative Untersuchung bei 'Leitenden Angestellten und Führungskräften', S. 41; Grüll Ferdinand (Herausgeber), Handbuch für leitende Angestellte, Bd. I, Heidelberg 1962, S. 59 f.
3) vgl. Grüll, S. 60
4) Der Vereinigung Schweizerischer Angestelltenverbände waren am 31.12.1972 angeschlossen: Schweizerischer Kaufmännischer Verein; Verband Schweizerischer Angestelltenvereine der Maschinen- und Elektroindustrie; Union Helvetia, Schweizerischer Zentralverband der Hotel- und Restaurant-

diesem Zusammenhang die Bestrebungen des 'Schweizerischen Kaufmännischen Vereins', der mitgliederzahlenmässig bedeutendsten Angestelltenorganisation. Nach Schätzungen des Vereins bekleiden etwa ein Viertel seiner Mitglieder 'Kaderpositionen'.[1] Er bemüht sich deshalb auch um den vertraglichen und sozialen Schutz der 'leitenden Angestellten'.[2] Zu diesen zählt er 'die Angestellten und Beamten auf allen Führungsebenen sowie die hochqualifizierten Kräfte im kaufmännischen und administrativen Sektor ohne Vorgesetztenfunktionen.'[3] Seine Bestrebungen gelten aber vorwiegend den 'mittlern und untern Kadern', weniger den 'höhern Führungskräften'.[4]

---

angestellten; Schweizerischer Werkmeister-Verband; Schweizerischer Polierverband; Schweizerische Laboranten-Vereinigung; Schweizerischer Musikerverband; Schweizerischer Verband der Versicherungs-Inspektoren und -Agenten; Verband Schweizerischer Vermessungstechniker; Schweizerische Vereinigung der Handelsreisenden Hermes; Angestelltenverein des Schweizer Buchhandels; Droga Helvetica, Schweizerischer Verband angestellter Drogisten; vgl. Schwertfeger Richard, Gewerkschaften und Angestelltenverbände in: Frey Ulrich (Herausgeber), Schweizer Dokumentation für Politik und Wirtschaft, 1974, Bd. III

1) Schweizerischer Kaufmännischer Verein, Unser standespolitisches Aktionsprogramm 1971 bis 1973, S. 18
2) vgl. Schweizerischer Kaufmännischer Verein, Aktionsprogramm 1971 bis 1973, S. 10, Ziff. 3.2, S. 18 f., Ziff. 10; derselbe, Besondere Anstellungsbedingungen für leitende Angestellte, Postulate für das kaufmännische Kader, Merkblatt Nr. 4; derselbe, Die Anstellungsverhältnisse im kaufmännischen Beruf, Saläre und Anstellungsnormen für kaufmännisches Personal und leitende Angestellte, Flugschrift Nr. 2, Ausgabe 1972, S. 12, S. 17; Schweizerisches Kaufmännisches Zentralblatt 1970, Nr. 7, S. 2, 1972, Nr. 10, S. 29, 1972, Nr. 24, S. 31
3) Schweizerisches Kaufmännisches Zentralblatt 1970, Nr. 7, S. 2, 1972, Nr. 10, S. 29
4) Schweizerisches Kaufmännisches Zentralblatt 1970, Nr. 7, S. 2; vgl. auch Statuten des Schweizerischen Kaufmännischen Vereins vom 22./23. Mai 1971 Art. 3 Abs. 2, wonach Vereinsmitgliedern im Arbeitgeberverhältnis - Geschäftsinhaber und Direktoren - in standespolitischen Fragen kein Stimmrecht zusteht.

3. Kollektives Vertragsrecht

Der Gesamtarbeitsvertrag ist ein Vertrag zwischen Arbeitgebern oder Arbeitgebervereinigungen und Arbeitnehmerorganisationen. Er kann Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer (normativer Teil), Bestimmungen über Rechte und Pflichten der Vertragsparteien sowie über Kontrolle und Durchsetzung des Vertragsinhaltes (obligatorischer Teil) und andere Bestimmungen, soweit sie das Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern betreffen, zum Inhalt haben (356 OR).

Für zahlreiche Arbeitnehmer sind heute die Arbeitsbedingungen in Gesamtarbeitsverträgen geregelt. Wenn der Gesamtarbeitsvertrag selbst nicht etwas anderes bestimmt, haben seine Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse der beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeber normative Wirkung: sie gelten für die Beteiligten unmittelbar, unabhängig davon, ob diese sie kennen oder nicht (357 OR).[1] Arbeitgeber und Arbeitnehmer können sich deshalb beim Abschluss des Arbeitsvertrages im wesentlichen darauf beschränken, auf den einschlägigen Gesamtarbeitsvertrag Bezug zu nehmen. Keine normative Wirkung entfalten oft die Abkommen über die Anstellungsbedingungen der Angestellten.[2] Sie verpflichten die Vertragsparteien lediglich, auf ihre Mitglieder im Sinne einer Empfehlung einzu-

---

1) vgl. Schweingruber/Bigler, S. 56 ff.
2) vgl. beispielsweise die auf den 1. Januar 1972 in Kraft getretene 'Schweizerische Vereinbarung über die Arbeitsbedingungen der Angestellten' zwischen dem Zentralverband Schweizerischer Arbeitgeber-Organisationen, dem Schweizerischen Handels- und Industrie-Verein und dem Schweizerischen Gewerbeverband einerseits und dem Schweizerischen Kaufmännischen Verein und dem Schweizerischen Werkmeisterverband andererseits

wirken, um sie zur Verwirklichung der im Abkommen verankerten Richtlinien zu veranlassen.[1]

Die Anstellungsbedingungen der in leitender Stellung tätigen Arbeitnehmer sind regelmässig nicht in Kollektivverträgen geregelt.[2] Sie werden von den Vertragsparteien durchwegs einzeln ausgehandelt und vereinbart. Je höher der Arbeitnehmer in der Hierarchie des Unternehmens steht, desto detailliertere und individuellere Züge weist die Regelung auf. Das schliesst nicht aus, dass für bestimmte Vertragspunkte auf gewisse generelle Regelungen, die für einen grösseren Kreis von Arbeitnehmern des Unternehmens Geltung haben, Bezug genommen wird, beispielsweise auf Richtlinien für die Erstattung von Spesen, für die Benutzung von Dienstwagen oder für die Gewährung von Vorsorgeleistungen.

4. Betriebsverfassungsrecht

Das Betriebsverfassungsrecht regelt die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in ihrem Betrieb.[3] Ansätze zur Mitbestimmung bestehen auf allen Stufen der Gesetzgebung.[4] Ein eigentliches

---

1) vgl. Schweingruber/Bigler, S. 22 f., S. 36
2) vgl. Schweizerischer Kaufmännischer Verein, Aktionsprogramm 1971 bis 1973, S. 19, Ziff. 10; Gesamtarbeitsvertrag für den Buchhandel der deutschsprachigen Schweiz vom 15. Januar 1973, Art. 2 III
3) vgl. Schweingruber/Bigler, S. 12; Rehbinder, S. 170; Kistler Lothar, Die Betriebsgemeinschaft, Ein Beitrag zum Mitspracherecht der Arbeitnehmer in der Schweiz mit rechtsvergleichenden Hinweisen auf andere Staaten, Diss. Freiburg 1953
   Wissenschaftlich erhärtete Definitionen der Mitbestimmung fehlen. Mitbestimmung wird hier als Oberbegriff für alle möglichen Varianten der direkten und indirekten Beteiligung der Arbeitnehmer oder ihrer Organisationen an der Willensbildung im Unternehmen verwendet. vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend das Volksbegehren über die Mitbestimmung und einen Gegenvorschlag (Art. 34 ter Abs. 1 bst b bis BV) vom 33. August 1973, in: Bundesblatt 125/1973, Bd. II, S. 241
4) vgl. die ausführliche Zusammenstellung in Botschaft Mitbestimmung, S. 349 ff.

Betriebsverfassungsgesetz wie es beispielsweise die Bundesrepublik Deutschland seit dem Jahre 1952 kennt, besteht in der Schweiz aber nicht. Bedeutsamer als die gesetzlichen sind heute noch die in den Gesamtarbeitsverträgen enthaltenen Mitbestimmungsnormen. Diese sehen zur Hauptsache die Schaffung von Arbeiter- oder Betriebskommissionen[1] und von Angestelltenkommissionen[2] vor.

Im Zusammenhang mit vorliegender Arbeit interessiert vor allem die Frage nach dem Kreis der zur Mitbestimmung befugten Arbeitnehmer. In der Praxis besteht bei den Arbeiter- oder Betriebskommissionen keine einheitliche Regelung für das aktive und das passive Wahlrecht. Oft sind Angestellte und Arbeitnehmer in gewissen gehobenen Positionen, beispielsweise Werkmeister, Kontrolleure und sogar Vorarbeiter, vom aktiven Wahlrecht ausdrücklich ausgeschlossen oder das Wahlrecht ist auf die dem Gesamtarbeitsvertrag unterstellten Arbeitnehmer beschränkt.[3] In der Regel bestehen die selben Einschränkungen auch beim passiven Wahlrecht.[4] Analoge Regelungen bestehen für Angestelltenkommissionen.[5]

---

1) vgl. Botschaft Mitbestimmung, S. 321 ff., S. 359 ff.
2) vgl. Botschaft Mitbestimmung, S. 323
3) vgl. Botschaft Mitbestimmung, S. 322; Welti Heinrich, Die Arbeiterkommission in den privaten Betrieben, Ein Versuch zur Bestimmung ihrer Rechtsnatur, Diss. Zürich 1942, S. 53 f.
4) vgl. Botschaft Mitbestimmung, S. 322
5) vgl. beispielsweise die am 23. Juni 1972 in der Maschinen- und Metallindustrie getroffene Verabredung über die 'Mitwirkung der Angestellten im Betrieb'. Sie sieht unter anderem die Schaffung von Angestelltenkommissionen in den Betrieben vor. Die Angestelltenkommission vertritt nach Ziff. III/1 der Verabredung 'das Personal in den Büros, sowohl technischer, kaufmännischer wie administrativer Richtung', 'das in den Werkstätten und Hilfsbetrieben in arbeitsleitenden Funktionen und vorwiegend administrativ beschäftigte Personal' und 'die in der Arbeitsplanung, Arbeitsvorbereitung und Arbeitsorganisation beschäftigten Angestellten'. Wie weit sie auch 'höhere Angestellte' ver-

5. Arbeitskampfrecht

Das Recht des Arbeitskampfes oder der Kollektivstreitigkeiten umfasst die Normen des Arbeitskampfes (Streik, Aussperrung, Boykott) und des Schlichtungswesens. Kollektivstreitigkeiten sind Auseinandersetzungen zwischen einem oder mehreren Arbeitgebern und mehreren Arbeitnehmern oder den betreffenden Verbänden. Sie erscheinen in Form kollektiver Rechtsstreitigkeiten und in Form von Arbeitskonflikten.[1]

Kollektive Rechtsstreitigkeiten sind Auseinandersetzungen um die Auslegung und Anwendung von Gesamtarbeitsverträgen. Nach schweizerischem Recht sind dafür die ordentlichen Zivilgerichte zuständig. Häufig werden sie aber einem im Gesamtarbeitsvertrag selbst vorgesehenen, paritätisch zusammengesetzten Schiedsgericht zur Beurteilung vorgelegt.

Arbeitskonflikte sind Meinungsverschiedenheiten über kollektiv geltend gemachte Forderungen, die nicht in Anwendung von Gesetz oder Vertrag beurteilt werden können. Einigen sich die Parteien nicht, so können sie den Streitfall einem ad hoc eingesetzten oder einem schon im Gesamtarbeitsvertrag vorgesehenen Schiedsgericht unterbreiten. Für Arbeitskonflikte, die industrielle Betriebe im Sinne von 5 ArG betreffen, ist zudem ein staatliches Schlichtungsverfahren vorgesehen.[2] Seine Durchführung ist den kantonalen Einigungsämtern und der eidgenössischen Einigungsstelle übertragen.[3] Letztere

---

tritt, wird ausdrücklich einer firmeninternen Regelung vorbehalten.

1) vgl. Schweingruber, Sozialgesetzgebung, S. 118 ff.; Schweingruber/Bigler, S. 12
2) 72 II lit. b ArG; Bundesgesetz über die Arbeit in den Fabriken vom 18. Juni 1914/27. Juni 1919 Art. 30, 31, 33-35
3) Fabrikgesetz Art. 30; Bundesgesetz über die eidgenössische Einigungsstelle zur Beilegung von kollektiven Arbeitsstreitigkeiten vom 12. Februar 1949, mit Vollziehungsverordnung vom 2. September 1949

ist dabei ausschliesslich für Konflikte von interkantonaler Ausbreitung zuständig. Beide interessieren hier nur in bezug auf ihre personelle Zusammensetzung. Das Einigungsamt des Kantons Solothurn besteht aus einem Präsidenten und einer gleich grossen Zahl von Arbeitnehmern und Arbeitgebern als Fachbeisitzern.[1] Als Vertreter der Arbeitgeber können neben den Betriebsinhabern auch 'Direktoren und höhere Angestellte' berufen werden.[2] Die eidgenössische Einigungsstelle besteht aus einem Obmann und zwei Beisitzern. Sie wird vom eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement von Fall zu Fall neu bestellt, wobei die beiden Beisitzer aus je sechs vom Bundesrat auf Vorschlag der Spitzenverbände der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer ernannten Personen ausgewählt werden.[3] Für die Amtsperiode 1971-1975 hat der Bundesrat auch einen Generaldirektor und einen Direktor als Arbeitgebervertreter ernannt.

V. Zusammenfassung

Die kurze Durchsicht des Arbeitsrechtes hat gezeigt, dass Gesetz und Praxis leitende Arbeitnehmer in bestimmten Fällen einer rechtlichen Sonderbehandlung unterwerfen, ohne dabei aber von einer einheitlichen terminologischen und begrifflichen Grundlage auszugehen. Das Gesetz spricht an den angeführten Stellen sowohl von 'leitenden Arbeitnehmern', als auch von 'höhern Angestellten', 'Direktoren und höhern Angestellten', 'Arbeitnehmern, die eine höhere leitende Tätigkeit ausüben' und von 'Personen, welche leitende Stellungen

---

1) Vollziehungsverordnung betreffend das kantonale Einigungsamt vom 18. März 1918/13. Oktober 1920 § 7 I
2) § 8 III der Vollziehungsverordnung
3) Bundesgesetz über die eidgenössische Einigungsstelle zur Beilegung von kollektiven Arbeitsstreitigkeiten vom 12. Februar 1949 Art. 2 II

bekleiden.' Eine allgemeine Begriffsbestimmung enthält lediglich das Arbeitsgesetz. In den übrigen Fällen beschränkt sich das Gesetz darauf, einige Beispiele leitender Arbeitnehmer anzuführen oder es verzichtet überhaupt darauf, den angesprochenen Personenkreis näher zu kennzeichnen.

Zusammenfassend kann aber doch festgehalten werden, dass in der Regel nur solche Arbeitnehmer leitende Arbeitnehmer sind, denen im Unternehmen des Arbeitgebers die Befugnis zu selbständiger, den Arbeitgeber verpflichtender Disposition in wesentlichen Angelegenheiten zusteht. Einzelne formale Kriterien wie Titel, akademische oder andere höhere Ausbildung oder überdurchschnittlicher Lohn sind für sich allein nie ausschlaggebend. Sie bilden lediglich die Grundlage, beziehungsweise stellen sie eine Folge der Stellung des leitenden Arbeitnehmers dar.[1]

1) vgl. Brand, S. 33 f.

2. Kapitel

DIE SONDERSTELLUNG DES LEITENDEN ARBEITNEHMERS IN DER ARBEITSRECHTLICHEN GESETZGEBUNG

§ 4 ALLGEMEINES

Die arbeitsrechtlichen Erlasse, welche die leitenden Arbeitnehmer in Einzelpunkten anders behandeln als die 'echten' Arbeitnehmer, lassen sich grob in zwei Gruppen einteilen: einerseits Arbeitsschutzgesetze und andererseits Gesetze, die den Interessengegensatz zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer berücksichtigen. In der ersten Gruppe werden die leitenden Arbeitnehmer vom persönlichen Geltungsbereich der Gesetze ausgenommen[1], in der zweiten werden sie der Arbeitgeberseite zugeordnet[2]. Diese beiden Besonderheiten der arbeitsrechtlichen Stellung der leitenden Arbeitnehmer sind im folgenden näher zu betrachten.

1) vgl. oben § 3 III.
2) vgl. oben § 3 II.2., § 3 IV.4. und 5.

§ 5 DER LEITENDE ARBEITNEHMER IM ARBEITSSCHUTZRECHT

I. Allgemeines

Das Arbeitsschutzrecht ist dadurch begründet, dass der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber persönlich und wirtschaftlich abhängig ist.[1] Auch der leitende Arbeitnehmer ist Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsvertragsrechtes. Dennoch fehlt ihm nach häufiger Auffassung ein Schutzbedürfnis, da er einerseits auf Grund seiner Erfahrung in der Lage sei, seine Interessen gegenüber dem Arbeitgeber selbst zu wahren und für sich zu sorgen, und da es ihm andererseits auf Grund seiner Einkommensverhältnisse wirtschaftlich möglich sei, Rücklagen zu bilden, die es ihm erlaubten, berufliche und anderweitige Rückschläge wie Verlust der Stellung, lange Krankheit oder vorzeitige Arbeitsunfähigkeit ohne nennenswerte Minderung seines Lebensstandards zu überbrücken.[2] Auch der Gesetzgeber erachtet den leitenden Arbeitnehmer als weniger schutzbedürftig als andere Arbeitnehmer.

II. Gründe für die Ausnahme des leitenden Arbeitnehmers vom persönlichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes[3]

Bei der Ausnahme der leitenden Arbeitnehmer vom persönlichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ging der Gesetzgeber vom Gedanken aus, dass diese Personen wegen ihrer besonderen Stellung im Betrieb des öffentlichrechtlichen Schutzes nicht

---

1) vgl. Schweingruber, Arbeitsrecht, S. 41 ff.; oben § 2 II.1.
2) vgl. Nikisch, S. 112; Hueck/Nipperdey, S. 67
3) vgl. oben § 3 III.2.

bedürften.[1] Zudem sollten sie für den Arbeitgeber in zeitlicher Hinsicht frei verfügbar sein, da sie für den Gang des Unternehmens verantwortlich seien, weshalb ihre Beanspruchung sich nicht nach einem starren Stundenplan richten könne, sondern den unmittelbaren Bedürfnissen angepasst werden müsse.[2]

Die Ausnahme des leitenden Arbeitnehmers vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes lehnt sich an die Regelungen des Bundesgesetzes über die Arbeit in den Fabriken (Fabrikgesetz) vom 18. Juni 1914/27. Juni 1919 und an jene des Bundesgesetzes über die öffentliche Ruhezeit (Ruhezeitgesetz) vom 26. September 1931 an. Dem Fabrikgesetz waren unter anderem nicht unterworfen die Kollektivgesellschafter, die unbeschränkt haftenden Gesellschafter einer Kommandit- oder Kommanditaktiengesellschaft und 'Personen, denen der Fabrikinhaber eine höhere leitenden Stellung in der Betriebsführung oder eine auswärtige Vertretung übertragen hat.'[3] Vom Geltungsbereich des Ruhezeitgesetzes waren ausgenommen 'Betriebsleiter' und 'Personen, denen eine höhere Vertrauensstellung im Betrieb oder eine auswärtige Vertretung des Betriebes übertragen ist.'[4] Als Personen mit einer höheren Vertrauensstellung galten dabei insbesondere 'Angehörige der freien, künstlerischen und technischen Berufe, die eine ihren Studien oder ihrer praktischen Ausbildung entsprechende Stellung mit besonderer Verantwortung einnehmen' und 'andere Personen, die

---

1) vgl. Botschaft Arbeitsgesetz, S. 947; BGE 98 Ib 347; Naegeli, S. 78, lit. d; Bigler, S. 34, N. 7 zu 3 ArG
2) vgl. Hug, Kommentar, N. 12 zu 3 ArG; BGE 98 Ib 347; Tschudi Hans-Peter, Die Ferien im schweizerischen Arbeitsrecht, Basel 1948, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 24, S. 79, S. 82
3) Verordnung über den Vollzug des Bundesgesetzes betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 3. Oktober 1919/7. September 1923, Art. 3, lit. d und e. Das Fabrikgesetz selbst enthielt keine Bestimmungen über seinen persönlichen Geltungsbereich !
4) Ruhezeitgesetz, Artikel 2, lit. b und c

eine durch Verantwortung, Lohn, Kompetenzbereich hervorgehobene Stellung im Betrieb einnehmen und in erheblichem Masse zur selbständigen Entscheidung berufen sind.'[1] Die Regelung von 3 lit. d ArG ist auch in den Vernehmlassungen zum Entwurf 1950, aus welchem sie wörtlich übernommen wurde, unbestritten geblieben.[2]

III. Die Schutzbedürftigkeit des leitenden Arbeitnehmers

Die Argumente, die gegen die Annahme eines Schutzbedürfnisses des leitenden Arbeitnehmers ins Feld geführt werden, überzeugen nicht, vor allem stellen sie eine unzulässige Verallgemeinerung dar. Zudem werden die Möglichkeiten des leitenden Arbeitnehmers, seine Interessen gegenüber dem Arbeitgeber selbst zu wahren, überschätzt. Wohl kann er bei seiner Anstellung unter Umständen gewisse Bedingungen stellen und dabei auch einige Vorteile erwirken wie längere Kündigungsfristen, Fortzahlung des Lohnes bei längerdauernder Krankheit oder überdurchschnittliche Vorsorgeleistungen. Diese einzelnen Vorteile sind aber in der Regel nicht so schwerwiegend, dass sie bei einer Gesamtbeurteilung der Stellung des leitenden Arbeitnehmers entscheidend ins Gewicht fallen. Die steigende Zahl leitender Arbeitnehmer in Grossbetrieben hat zudem dazu geführt, dass ihre Anstellungsverträge in zunehmendem Masse einander angeglichen werden. Die 'kollektive' Behandlung erschwert es dem leitenden Arbeitnehmer, seine Interessen im direkten Gespräch mit dem Arbeitgeber wahrzunehmen. Ueberbewertet wird auch die wirtschaftliche Krisenfestigkeit des leitenden Arbeitnehmers. Nicht immer ist er in der Lage, derart hohe Rücklagen zu bilden, dass sie es ihm ermöglichen,

---

1) Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über die wöchentliche Ruhezeit vom 11. Juni 1934 Art. 6
2) Botschaft Arbeitsgesetz, S. 947

berufliche und andere Rückschläge ohne fühlbaren Rückgang seines Lebensstandards über einen längeren Zeitraum zu überbrücken. Einen wesentlichen Teil seines - oft überdurchschnittlichen - Einkommens beanspruchen regelmässig Verpflichtungen, die er zur Sicherung seiner Familie, beispielsweise für die Altersvorsorge, eingegangen ist.[1] Weder seine persönlichen Einflussmöglichkeiten noch seine wirtschaftlichen Verhältnisse können deshalb als Gründe, die ein Schutzbedürfnis grundsätzlich ausschliessen, angeführt werden.

In gewisser Hinsicht scheint der leitende Arbeitnehmer sogar schutzbedürftiger zu sein als andere Arbeitnehmer. Der Bestand seines Anstellungsverhältnisses steht oft unter einem höheren Risiko als dasjenige der anderen Arbeitnehmer. Schon an sich geringfügige Vorkommnisse und Umstände können, soweit sie die persönliche Vertrauensbasis der Parteien berühren, die Fortsetzung der Zusammenarbeit verunmöglichen oder doch so erschweren, dass als Ausweg einzig die Auflösung des Anstellungsverhältnisses bleibt.[2] Dazu kommt, dass der Verlust des Arbeitsplatzes für den leitenden Arbeitnehmer folgenschwerer sein kann als für andere Arbeitnehmer; in der Regel kann er - selbst bei wirtschaftlicher Vollbeschäftigung - nicht damit rechnen, gleich im Anschluss an die Beendigung des bisherigen Anstellungsverhältnisses eine entsprechende neue Anstellung zu finden. Nach den Erfahrungen in der Praxis zeigt es sich, dass es mit steigendem Lebensalter umso schwieriger ist, eine Anstellung zu finden, die der Qualifikation des Bewerbers entspricht, je gehobener die Position war, die der Betroffene innehatte.[3] Der leitende Arbeitnehmer muss deshalb wirtschaftlich in die Lage versetzt werden, nach

---

1) vgl. unten § 7
2) vgl. Grüll, S. 164; Brand, S. 102
3) Schweizerisches Kaufmännisches Zentralblatt 1972, Nr. 10, S. 29

Auflösung des Anstellungsverhältnisses ohne neue Anstellung und ohne wesentliche Aenderung seiner bisherigen Lebenshaltung einen gewissen, nicht zu kurz bemessenen Zeitraum überbrücken zu können.

Probleme besonderer Art können sich auch im Zusammenhang mit den wirtschaftlichen Konzentrationsbewegungen stellen, denn die personellen Konsequenzen der Unternehmenszusammenschlüsse treffen in zunehmendem Masse leitende Arbeitnehmer. Ihre Stellen werden oft 'wegrationalisiert', während die Arbeitsplätze untergeordneter Arbeitnehmer erhalten bleiben, damit die vom Zusammenschluss betroffenen Betriebe weitergeführt werden können.[1] Selbst wenn es im konkreten Fall nicht zu einer Kündigung kommt, kann ein Unternehmenszusammenschluss für einen Angehörigen des Kaders doch Anlass zur Verunsicherung sein, da für seine berufliche Entwicklung unter Umständen ganz neue Voraussetzungen geschaffen werden. Bei der Uebernahme einer bisher selbständigen Firma durch einen grösseren Konzern können sich einerseits die Aussichten für das berufliche Vorwärtskommen wesentlich erweitern, obwohl sie gleichzeitig unübersichtlicher werden. Andere Führungskräfte aber, deren Aufstiegsweg detailliert festgelegt war, sehen sich plötzlich neuen, gleichgestellten Anwärtern gegenüber.[2]

Dazu kommt, dass es für den leitenden Arbeitnehmer besonders schwierig ist, seine Altersvorsorge so zu regeln, dass sie ihm und seiner Familie im Alter die Aufrechterhaltung eines angemessenen Lebensstandards ermöglicht.[3] Auch aus seiner häufigen beruflichen Ueberbeanspruchung ergibt sich für den

---

1) vgl. Schweizerisches Kaufmännisches Zentralblatt 1972, Nr. 10, S. 29; Rehbinder, S. 81
2) vgl. Brändli Lukas, Wichtige 'Nebenfragen' bei Fusionen, in: Der Organisator 1974, Nr. 667, S. 15 f.
3) vgl. unten § 7

leitenden Arbeitnehmer ein besonderes Schutzbedürfnis. In dieser Beziehung wirkt sich vor allem die Regelung in 3 lit. d ArG nachteilig aus.

§ 6 DER LEITENDE ARBEITNEHMER ALS FUNKTIONSVERTRETER DES ARBEITGEBERS

I. Allgemeines

Im Unterschied zum 'echten' Arbeitnehmer übt der leitende Arbeitnehmer teilweise auch Arbeitgeberfunktionen aus: er nimmt auf Grund der ihm erteilten Kompetenzen und Vollmachten selbständig und eigenverantwortlich unternehmerische Teilfunktionen wahr und hat den andern Arbeitnehmern gegenüber die Funktion des Vorgesetzten und des Vertreters des Arbeitgebers. Insofern erscheint er als Interessenvertreter des Arbeitgebers. Sein Arbeitsvertrag weist deshalb auch Elemente eines Interessenwahrungsvertrages auf, während der Arbeitsvertrag sonst als Interessengegensatzvertrag charakterisiert ist.[1]

Nach häufiger Auffassung steht der leitende Arbeitnehmer dem Arbeitgeber näher als den Arbeitnehmern. Daraus hat der Gesetzgeber die Konsequenzen gezogen und ihn in den Fällen, in denen der Gegensatz der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmern berücksichtigt wird und in denen es um die Wahrung der Arbeitnehmerinteressen geht, aus dem Kreis der Arbeitnehmer herausgenommen; in einigen Fällen wird er sogar zu den Arbeitgebern gezählt.[2] Diese gesetzgeberische Handhabung gibt dann kaum zu grundsätzlichen Diskussionen Anlass, wenn es sich um die personelle Besetzung von ausserbetrieblichen, paritätisch aus Arbeitnehmern und Arbeitgebern zusammengesetzten Gremien handelt, die sich mit Meinungsverschiedenheiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern aus dem Ar-

---

1) vgl. Nef, S. 240
2) vgl. Nikisch, S. 112; Hueck/Nipperdey, S. 67; oben § 3 II.2., § 3 IV.4., § 3 IV.5.

beitsleben zu befassen haben. Erst die Frage nach der Stellung des leitenden Arbeitnehmers in der Betriebsverfassung wirft grundsätzliche Probleme auf.

II. Die Stellung des leitenden Arbeitnehmers in der Betriebsverfassung[1]

Das Betriebsverfassungsrecht regelt die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in ihrem Betrieb.[2] Es sieht im Arbeitgeber und in der Belegschaft die den Betrieb tragenden personellen Elemente und erstrebt den Ausgleich und die Koordination ihrer (gegensätzlichen) Interessen. Dies verlangt eine klare Zuordnung der einzelnen Betriebsangehörigen zur Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerschaft. Für die Zuordnung massgebend ist regelmässig nicht die rechtliche Qualifikation des Vertragsverhältnisses einer Person zum Unternehmen, sondern das Interesse, das sie auf Grund ihrer betrieblichen Funktionen vertritt.

Aus diesem Grunde entziehen bestehende Betriebsverfassungsgesetze bestimmte leitende Arbeitnehmer ihrem Geltungsbereich, indem sie diese nicht als Arbeitnehmer im Sinne des Gesetzes gelten lassen. So findet beispielsweise das Betriebsverfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland vom 17. Dezember 1971 gemäss § 5 Abs. 3 keine Anwendung auf 'leitende Angestellte, wenn sie nach Dienststellung und Dienstvertrag 1. zur selbständigen Einstellung und Entlassung von im Betrieb oder in der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmern berechtigt sind, oder 2. Generalvollmacht oder Prokura haben, oder 3. im wesentlichen eigenverantwortlich Aufgaben wahr-

---

1) Die folgenden Ausführungen berühren neben Fragen der Betriebsverfassung auch solche der Unternehmensverfassung. Auf eine Trennung der beiden Begriffe kann im vorliegenden Zusammenhang verzichtet werden.
2) vgl. oben § 3 IV.4.

nehmen, die ihnen regelmässig wegen der Bedeutung für den Bestand und die Entwicklung des Betriebes im Hinblick auf besondere Erfahrungen und Kenntnisse übertragen werden.'[1] In der Schweiz scheinen die Vorstellungen der Initianten der gewerkschaftlichen Mitbestimmungsinitiative in die gleiche Richtung zu gehen.[2] Nach einem zuhanden des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes erstatteten Gutachten über die Mitbestimmung im Verwaltungsrat der Schweizerischen Aktiengesellschaft sollen weder die 'Mitglieder der Direktion' noch das 'sogenannte höhere Kader' zum Kreis der aktiv und passiv zur Mitbestimmung berufenen Arbeitnehmer gehören. Die rechtliche Grenze wäre - immer nach dem selben Gutachten - so zu ziehen, dass sämtliche zur Vertretung und Zeichnung befugten Personen vom Kreis der Arbeitnehmer im engeren Sinn ausgeschlossen sind. Die Frage, ob der Kreis nicht noch weiter zu ziehen sei, wird jedoch ausdrücklich einer näheren Prüfung vorbehalten.[3]

Eine derartige Lösung erscheint für die leitenden Arbeitnehmer, die an der Spitze der Geschäftsführungshierarchien stehen, insbesondere für Direktoren, gerechtfertigt. Im Verhältnis zu den Arbeitnehmern des Betriebes repräsentieren sie den Arbeitgeber und verfügen als 'konkreter Prinzipal' über deren Arbeitskraft, so dass sie nach ihren Funktionen selbst Ar-

---

1) vgl. Recht der Arbeit, Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts, 27/1974, Heft 2, S. 98

2) Am 25. August 1971 wurde vom Schweizerischen Gewerkschaftsbund (SGB), vom Christlichnationalen Gewerkschaftsbund (CNG) und vom Schweizerischen Verband evangelischer Arbeitnehmer (SVEA) ein Initiativbegehren eingereicht, wonach der Bund ermächtigt werden soll, Vorschriften über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Betrieb, Unternehmung und Verwaltung aufzustellen. Vgl. dazu Botschaft Mitbestimmung, Bundesblatt 125/1973, Bd. II, S. 237 ff.

3) Meyer Kurt, Mitbestimmung im Verwaltungsrat der schweizerischen Aktiengesellschaft, Ein Vorschlag, 1972, S. 9 f., Ziff. 3.2

beitgeber sind.[1]

Die Ausnahme der übrigen leitenden Arbeitnehmer vom Kreis der zur Mitbestimmung befugten Arbeitnehmer ist dagegen nicht ohne Probleme. Sie lässt sich unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Interessenkollision in der Person des leitenden Arbeitnehmers rechtfertigen. Auch trägt sie der Tatsache Rechnung, dass, wenn die leitenden Arbeitnehmer undifferenziert der Arbeitnehmerseite zugeschlagen werden, ihre Interessen in denjenigen Fällen, in denen sie über die Interessen der andern Arbeitnehmer hinausgehen, nicht optimal gewahrt werden; wegen ihrer zahlenmässigen Minderheit wären sie in jedem Fall auf den guten Willen der andern Arbeitnehmer angewiesen, da sie jederzeit majorisiert werden können.

Nichts spricht dagegen, dass auch der leitende Arbeitnehmer Anspruch darauf hat, dass seine Interessen im Unternehmen wirkungsvoll vertreten werden. Auch er soll Möglichkeiten zur Einflussnahme auf das betriebliche Geschehen haben, welche über seinen eigenen Arbeitsbereich hinausgehen. Dazu ist aber eine Regelung, die den leitenden Arbeitnehmer von der Mitbestimmung ausschliesst und ihn gewissermassen im leeren Raum zwischen Arbeitnehmerschaft und Arbeitgeberschaft stehen lässt, nicht geeignet. Die Lösung kann aber ebensowenig darin bestehen, dass die leitenden Arbeitnehmer generell der Ebene des Arbeitgebers zuzuschlagen sind.

Als Mittelweg bietet sich die Schaffung selbständiger Interessenvertretungen der leitenden Arbeitnehmer an. In diesem Sinne forderten beispielsweise in der Bundesrepublik Deutsch-

---

1) vgl. Titze Heinrich, Das kaufmännische Hilfspersonal, in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. II, Leipzig 1918, S. 546 ff.; Nikisch, S. 86 ff.; Hueck/Nipperdey, S. 78 f.

land die Union der leitenden Angestellten und die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände anlässlich der Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes die Einführung eigener Betriebsvertretungen für die leitenden Angestellten in Form von sogenannten 'Sprecherausschüssen'. Diese Konzeption, welche die leitenden Angestellten als 'dritte Kraft' zwischen der Unternehmensleitung einerseits und der Arbeitnehmerschaft andererseits versteht, wird von den Gewerkschaften entschieden abgelehnt. Sie sehen darin den Versuch, die leitenden Angestellten eng an die Unternehmerschaft zu binden, wobei das Hauptziel darin liege, die Arbeitnehmerschaft zu spalten und den Personenkreis, der ausserhalb des Einflussbereiches der Gewerkschaften steht, auszuweiten. Der Deutsche Gewerkschaftsbund betrachtet alle Angestellten, auch die leitenden und die Führungskräfte, soweit sie nicht Generalvollmacht haben oder zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern eines Betriebes berechtigt sind, als zur Gruppe der Arbeitnehmer gehörig.[1]

Im Zusammenhang mit der Schaffung eines Mitbestimmungsgesetzes ist die Frage nach der Stellung des leitenden Arbeitnehmers in der Betriebs- und Unternehmensverfassung in der Bundesrepublik Deutschland auch heute aktuell und sehr umstritten. Der Entwurf eines 'Gesetzes über die Mitbestimmung' liegt vor.[2] Der Entwurf hat zum Ziel, in Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit, die mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen, eine 'gleichberechtigte und gleichgewichtige

---

1) vgl. Deutscher Gewerkschaftsbund, 30000 'Leitende Angestellte' bestellen beim DGB einen Musterarbeitsvertrag, Bericht über eine Aktion des Deutschen Gewerkschaftsbundes sowie über eine repräsentative Untersuchung bei 'Leitenden Angestellten und Führungskräften', S. 6 f., S. 41 f.

2) Der Entwurf ist abgedruckt in: Recht der Arbeit, Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts, 27/1974, Heft 2, S. 98 ff.

Mitbestimmung der Arbeitnehmer' einzuführen.[1] Zu diesem Zwecke sieht er die Bildung von Aufsichtsräten vor, die aus einer gleichen Zahl von Mitgliedern der Anteilseigner und von Mitgliedern der Arbeitnehmer bestehen. Als Arbeitnehmer gelten dabei auch die leitenden Angestellten im Sinne von § 5 Abs. 3 des Betriebsverfassungsgesetzes.[2] Den Vertretern der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat sollen Arbeiter, Angestellte und leitende Angestellte entsprechend ihrem zahlenmässigen Verhältnis im Unternehmen, mindestens aber je ein Arbeiter, ein Angestellter und ein leitender Angestellter angehören.[3] Die Vertreter der leitenden Angestellten sollen dabei nicht durch die leitenden Angestellten selbst, sondern durch die Wahlmänner, die auch die Vertreter der Arbeiter und der Angestellten bestimmen, gewählt werden.[4] Ausgangspunkt für diese Regelung ist der Gedanke, dass die leitenden Angestellten im Interesse der Gleichgewichtigkeit von Anteilseignern und Arbeitnehmern nur dann Verantwortung im Aufsichtsrat übernehmen sollen, wenn sie, wie alle andern Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, vom Vertrauen der Gesamtbelegschaft des Unternehmens getragen sind.[5]

---

1) Entwurf, S. 104 oben
2) Entwurf, § 3, Ziff. 3
3) Entwurf, § 7 und § 15
4) vgl. dazu Entwurf, § 9 bis § 22
5) Entwurf, S. 104

§ 7 Exkurs: DIE RELATIVE BENACHTEILIGUNG DES LEITENDEN ARBEITNEHMERS IN DER SOZIALVERSICHERUNG

Das Sozialversicherungsrecht bildet wie das Arbeitsrecht ein selbständiges Rechtsgebiet innerhalb der Sozialgesetzgebung.[1] Seine Eckpfeiler sind heute die Alters- und Hinterlassenenversicherung,[2] die Invalidenversicherung,[3] die Kranken- und Unfallversicherung,[4] die Militärversicherung,[5] die Erwerbsersatzordnung[6] und die Arbeitslosenversicherung.[7]

Die Sozialversicherungsgesetze unterscheiden in der Regel nicht zwischen verschiedenen Arbeitnehmerkategorien. Auch der Direktor und Delegierte des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft ist beispielsweise Arbeitnehmer im Sinne der Arbeitslosenversicherung.[8] Dagegen ergeben sich relative Un-

---

1) vgl. dazu Schweingruber, Sozialgesetzgebung, S. 59 f., S. 76 f.; derselbe, Einwirkungen der Sozialversicherungen, S. 47 ff.; derselbe, Der Dienstvertrag und seine Beziehung zum Arbeitslosenversicherungsrecht, in: Mitteilungsblatt des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit, 2/1954, S. 121 ff.
2) Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946, mit zahlreichen Aenderungen und Durchführungsbestimmungen
3) Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959, mit Aenderungen und Durchführungsbestimmungen
4) Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911, mit zahlreichen Aenderungen und Durchführungsbestimmungen
5) Bundesgesetz über die Militärversicherung vom 20. September 1949,mit Aenderungen und Durchführungsbestimmungen
6) Bundesgesetz über die Erwerbsausfallentschädigungen an Wehr- und Zivilschutzpflichtige vom 25. September 1952, mit Aenderungen und Ausführungsbestimmungen
7) Bundesgesetz über die Arbeitslosenversicherung vom 22. Juni 1951, mit Aenderungen und Ausführungsbestimmungen
8) Urteil des Schweizerischen Versicherungsgerichts vom 11. Oktober 1952, in: Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, 1/1953, S. 43, Nr. 48; vgl. auch Schweingruber, Dienstvertrag und Arbeitslosenversicherungsrecht, S. 121 ff.

terschiede in der Behandlung einzelner Arbeitnehmer dadurch, dass die Leistungen der Versicherungen durch höchstanrechenbare Einkommen begrenzt sind. Diese Begrenzung des anrechenbaren Einkommens nach oben wirkt sich für jene Versicherten, deren Verdienst diese Grenze übersteigt, insofern nachteilig aus,als sie nicht ihr ganzes Einkommen versichern können. Dies betrifft auch die leitenden Arbeitnehmer, da diese meist überdurchschnittliche Einkommen beziehen.[1]

Bei der Krankenpflegeversicherung bestehen kantonale Rahmentarife für die Arzthonorare. Diese finden keine Anwendung auf Versicherte in sehr guten wirtschaftlichen Verhältnissen.[1]

---

1) Hubschmid Alfred, Die leitenden Angestellten, in: Schweizerisches Kaufmännisches Zentralblatt 1970, Nr. 7

3. Kapitel

DAS ANSTELLUNGSVERHAELTNIS DES LEITENDEN ARBEITNEHMERS

§ 8 ALLGEMEINES

Unter der Ueberschrift 'Das Anstellungsverhältnis des leitenden Arbeitnehmers' werden Fragen behandelt, die sich aus dem Arbeitsvertrag des leitenden Arbeitnehmers ergeben. Im Vordergrund stehen die Anstellungsverhältnisse des Direktors, des Prokuristen und des Handlungsbevollmächtigten. Sie sind unter anderem dadurch gekennzeichnet, dass zusätzlich zum Arbeitsvertragsrecht auch Bestimmungen des Gesellschaftsrechts und der kaufmännischen Geschäftsführung auf sie Anwendung finden.[1]

Das Arbeitsverhältnis erschöpft sich nicht im Austausch vermögensrechtlicher Leistungen, sondern begründet auch persönliche Beziehungen zwischen den Parteien. Diese finden ihren Ausdruck in der Treuepflicht des Arbeitnehmers und in der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers.[2] Das persönliche Element gewinnt überall da an Bedeutung, wo der Arbeitnehmer nach Stellung, Tätigkeit und Verantwortung in einem besonderen Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber steht. Dies trifft beim leitenden Arbeitnehmer zu. Er übt Funktionen aus, die der Arbeitgeber wegen ihrer Bedeutung für das Unternehmen einem Dritten regelmässig nur auf Grund besonderen Vertrauens in

---

1) vgl. oben § 2 IV.B.4., C. 3.
vgl. auch § 1, wonach die Bildung von Gruppen und Untergruppen für die rechtliche Betrachtung nur dann gerechtfertigt ist, wenn mit der Gruppenzugehörigkeit auch eine besondere Rechtsstellung verbunden ist.
2) vgl. oben § 2 II.2.

seine persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten überträgt. Die arbeitsvertraglichen Treue- und Fürsorgepflichten müssen deshalb beim leitenden Arbeitnehmer immer unter dem Gesichtspunkt seiner besonderen Vertrauensstellung gewürdigt werden.[1]

Das gegenseitige Vertrauen der Vertragsparteien bildet die Grundlage des Anstellungsverhältnisses des leitenden Arbeitnehmers. Wenn es gestört wird, so führt dies regelmässig zur Auflösung des Vertragsverhältnisses.[2] Die Anstellungsbedingungen werden beim leitenden Arbeitnehmer detaillierter geregelt als bei andern Arbeitnehmern. Gewisse Fragen werden durch seine Stellung und Verantwortung anders gewichtet und verlangen deshalb oft nach einer anderen Lösung.[3]

---

1) vgl. Brand, S. 45; Grüll, S. 164; Raaflaub Hans Emanuel, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers im Dienstvertrag, Diss. Bern 1959, S. 21 ff.
2) vgl. oben § 5 III.
3) vgl. hinten § 11 I.2.

1. Abschnitt

VORAUSSETZUNGEN UND BEGRUENDUNG DES ANSTELLUNGSVERHAELTNISSES DES LEITENDEN ARBEITNEHMERS

§ 9 VORAUSSETZUNGEN

I. Voraussetzungen in der Person des leitenden Arbeitnehmers

1. Allgemeines

Die Begründung des Einzelarbeitsvertrages erfolgt nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit mit ihren verschiedenen Erscheinungsformen.[1] Nach dem Grundsatz der Partnerwahlfreiheit steht es dem Arbeitgeber frei, unter mehreren Bewerbern für eine Stelle denjenigen zu wählen, der ihm genehm ist und ihm beispielsweise bezüglich Ausbildung, bisheriger Tätigkeit, Alter und Geschlecht für die zu besetzende Stelle geeignet erscheint. Dieser Grundsatz gilt auch für den Anstellungsvertrag des leitenden Arbeitnehmers. In Einzelpunkten stellen aber Gesetz und autonome Satzungen der Gesellschaften besondere Anforderungen an die Person des leitenden Arbeitnehmers.

2. Gesetzliche Voraussetzungen für die Person des Direktors, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen können nur voll handlungsfähige[2] natürliche[3] Personen Direktoren, Prokuristen und

---

1) vgl. dazu Schenk, S. 18 ff.; Rehbinder, S. 30 f.
2) vgl. Gautschi, N. 16 b zu 458 OR, N. 4 zu 462 OR; Guhl/Merz/Kummer, S. 157; Bürgi, N. 14 zu 707 OR

Handlungsbevollmächtigte sein. Der Geschäftsherr selbst und alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführungsorgane des Geschäftsherrn können nicht zu Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten bestellt werden.[1] Dagegen kann auch ein Konkursit kaufmännischer Geschäftsführer sein.[2]

3. Statutarische Voraussetzungen für die Person des Direktors und Prokuristen

Die Gesellschaften stellen an die Person ihrer leitenden Funktionäre oft ganz bestimmte Anforderungen. Für die Person des Direktors enthalten die Statuten und Reglemente von Aktiengesellschaften nicht selten Nationalitätsvorschriften, verwandtschaftliche Unvereinbarkeiten oder Vorschriften über zu hinterlegende Pflichtaktien. Auch wird der Direktor oft von der Wahl zum Verwaltungsratsmitglied ausgeschlossen und umgekehrt.[3] Analoge Bestimmungen bestehen für Prokuristen.[4]

Nach der herrschenden Meinung genügt die beschränkte Handlungsfähigkeit. vgl. Bürgi, N. 14 zu 707 OR; Felber, S. 27 f.; Wagner, S. 10; Knoepfel, S. 28 f.; Fuhrer, S. 16

3) vgl. Bürgi, N. 28 zu 717 OR; Gautschi, N. 16 a zu 458 OR, N. 4 zu 462 OR; Knoepfel, S. 29; a.M. Felber, S. 28 ff.

1) vgl. Gautschi, N. 17 zu 458 OR; Knoepfel, S. 29 ff.

2) Dem steht nicht entgegen, dass der Konkurs nach 35 OR einen Auflösungsgrund für eine bestehende Vollmacht darstellt. vgl. Wagner, S. 10 f.; Knoepfel, S. 34; Kolb, S. 25; Bürgi, N. 16 zu 707 OR

3) vgl. Felber, S. 30
Für mögliche Sanktionen bei Verletzung dieser Vorschriften Felber, S. 30; Bürgi, N. 13 zu 707 OR; Zimmermann, S. 57 ff.

4) vgl. Knoepfel, S. 20

II. Voraussetzungen auf seiten des Arbeitgebers

1. Allgemeines

Arbeitgeber im Sinne des Arbeitsvertragsrechtes ist jeder, der einen andern in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis beschäftigt. Dabei kann es sich um eine natürliche Person, eine Personengesellschaft oder um eine juristische Person handeln. Beim Abschluss des Arbeitsvertrages handelt der Arbeitgeber entweder selbst oder durch einen Vertreter, beispielsweise durch einen Prokuristen.[1] Für die Bestellung leitender Arbeitnehmer sind dagegen nur ganz bestimmte Personen zuständig. Ebenso muss der Arbeitgeber über seine Merkmale als Arbeitgeber hinaus bestimmte weitere Voraussetzungen erfüllen.

2. Voraussetzungen zur Bestellung eines Direktors

a. Formelle Voraussetzungen

Die Bestellung eines Direktors setzt zwingend eine genügende statutarische oder reglementarische Ermächtigung zur Delegation der Geschäftsführung voraus.[2]

b. Bestellungsorgan

Zuständig für die Bestellung des Direktors ist in der Regel der Verwaltungsrat, seltener die Generalversammlung, der Ausschuss, der Delegierte oder sogar aussenstehende Dritte.

Die Zuständigkeit des Verwaltungsrates ist meist in den Sta-

---

1) vgl. Gautschi, N. 5 a zu 459 OR
2) vgl. Eigenmann, S. 66; Zimmermann, S. 22 f.; Wolfers, S. 50 ff.; Bürgi, N. 18/20 zu 717 OR; Felber, S. 4. ff.; Schulthess, S. 76 ff.
vgl. auch oben § 2 IV. A.

tuten und Reglementen der Gesellschaft ausdrücklich festgelegt. Wird das Bestellungsorgan nicht näher bezeichnet, ergibt sich die Zuständigkeit des Verwaltungsrates im Zweifel aus 721 II OR.[1] Die Wahl des Direktors gehört zu den 'nicht delegierbaren' Kompetenzen des Verwaltungsrates.[2] Dennoch wird sie in der Praxis gelegentlich auch dem Ausschuss oder dem Delegierten übertragen.[3]

Ausnahmsweise behalten die Statuten die Wahl des Direktors der Generalversammlung vor.[4] Möglich ist ferner, dass die Statuten den Direktor selbst namentlich bezeichnen[5] oder, wenn Körperschaften des öffentlichen Rechts an der Gesellschaft beteiligt sind[6], seine Bestellung Behörden vorbehalten. Unzulässig ist dagegen eine Kooptation durch die Direktion selbst.[7]

---

1) vgl. Felber, S. 31; Fuhrer, S. 89; Wolfers, S. 79; Meyer, S. 61; a.M. Bürgi, N. 22 zu 721 OR; Funk Fritz, Kommentar des Obligationenrechts, Bd. II, Das Recht der Gesellschaften, Aarau 1951, N. 2 zu 721 OR; Schucany, N. 3 zu 721 OR, wonach die Verwaltung zur Ernennung von Direktoren (und Delegierten) nur befugt ist, wenn ein Beschluss der Generalversammlung, die Statuten oder ein durch die Generalversammlung erlassenes Reglement sie dazu ermächtigen.
2) vgl. Eigenmann, S. 29; Meyer, S. 32; Bürgi, N. 19 zu 712 OR; Schulthess, S. 75
3) vgl. dazu Eigenmann, S. 31, S. 52 f., S. 66; Bürgi, N. 22 zu 712 OR. Die Anmeldung an das Handelsregister hat nach 22 II HRegV immer die Verwaltung vorzunehmen. Zur Problematik, insbesondere auch hinsichtlich der Haftung der Verwaltung, Schulthess, S. 75 f.; Eigenmann, S. 53, Anm. 81; Bürgi, N. 21/25 zu 712 OR
4) vgl. Eigenmann, S. 66; Felber, S. 31; Wolfers, S. 18, S. 78
5) Dabei ist 708 II OR analog anzuwenden. vgl. Wolfers, S. 77 f.
6) vgl. 762 OR; Felber, S. 31 f., Eigenmann, S. 66
7) vgl. Wolfers, S. 79

3. Voraussetzungen zur Bestellung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten

a. Betrieb eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes

Die Bestellung eines kaufmännischen Geschäftsführers setzt auf seiten des Arbeitgebers den Betrieb eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes voraus.

Die 'kaufmännische' Prokura wird nach 458 I OR vom Inhaber eines 'Handels-, Fabrikations- oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes' erteilt. Dazu zählen die Einzelfirmen, die nach 53/54 HRegV verpflichtet sind, sich in das Handelsregister eintragen zu lassen [1] sowie die im Handelsregister eingetragenen Personengesellschaften und juristischen Personen.[2] Nicht prokurationsfähig ist dagegen die einfache Gesellschaft.[3]

Auch die 'nicht kaufmännische' Prokura nach 458 III OR setzt auf seiten des Geschäftsherrn den Betrieb eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes voraus.[4] Im Gegensatz zur 'kaufmännischen' Prokura kann sie aber auch durch einen Geschäfts- und Gewerbebetrieb bestellt werden, der fähig, nicht aber verpflichtet ist, sich im Handelsregister eintragen zu

---

1) vgl. Oser/Schönenberger, N. 3/5 zu 458 OR; Knoepfel, S. 13 ff.; Wagner, S. 7 f.; Gautschi, N. 13 zu 458 OR
Keine 'kaufmännische' Prokura kann erteilt werden für die nach 934 II OR eintragungsberechtigten aber nicht eintragungspflichtigen Geschäfts-und Gewerbebetriebe. vgl. Knoepfel, S. 18 f.; Oser/Schönenberger, N. 6/7 zu 458 OR; Gautschi, N. 13 a zu 458 OR
2) vgl. Gautschi, N. 14 b und 15 a zu 458 OR
3) vgl. Gautschi, N. 14 a zu 458 OR
4) vgl. Gautschi, N. 13 c zu 458 OR; a.M. Oser/Schönenberger, N. 8 zu 458 OR; Knoepfel, S. 28, wonach die 'nicht kaufmännische' Prokura durch jedermann erteilt werden kann, der rechts- und handlungsfähig ist.

lassen.[1]

Die Handlungsvollmacht nach 462 I OR setzt wie die 'kaufmännische' Prokura den Betrieb eines nach kaufmännischer Art geführten Betriebes voraus. Darüber hinaus gestatten herrschende Meinung und Praxis auch dem Geschäfts- und Gewerbebetrieb, der lediglich berechtigt, nicht aber verpflichtet ist, sich in das Handelsregister eintragen zu lassen, einen Handlungsbevollmächtigten zu bestellen.[2]

b. Bestellungsorgan

Nach 458 I und 462 I OR ist der 'Inhaber' des nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes zur Bestellung kaufmännischer Geschäftsführer befugt. Damit wird der Berechtigte nur für die Einzelfirma eindeutig gekennzeichnet.[3] Für die übrigen kaufmännischen Unternehmen ergibt sich die Zuständigkeit aus den Normen über die gesetzliche Vertretung.

Bei der Kollektivgesellschaft ist zwischen Prokura und Generalhandlungsvollmacht einerseits und Spezialhandlungsvollmacht andererseits zu unterscheiden. Die Erteilung einer Prokura oder einer Generalhandlungsvollmacht setzt nach 566 OR die Einwilligung aller zur Vertretung befugten Gesellschafter voraus.[4] Eine Spezialhandlungsvollmacht kann, unter Vorbehalt einer Kollektivvertretung, von jedem einzelnen vertretungsberechtigten Gesellschafter bestellt werden.[5]

---

1) vgl. Gautschi, N. 13 c zu 458 OR
2) vgl. Oser/Schönenberger, N. 4 zu 462 OR; Gautschi, N. 3 a zu 462 OR
3) vgl. dazu Oser/Schönenberger, N. 9 zu 458 OR; Knoepfel, S. 19; Gautschi, N. 13 d zu 458 OR; Wagner, S. 9
4) 566 OR gilt nur für das Aussenverhältnis. Für das Innenverhältnis gilt subsidiär 535 III OR. vgl. dazu Siegwart, N. 2/4 zu 566 OR, Knoepfel, S. 21 f.
5) 564 OR; vgl. Wagner, S. 9; Siegwart, N. 2/3 zu 566 OR

Bei der Kommanditgesellschaft werden die kaufmännischen Vollmachten durch die unbeschränkt haftenden Gesellschafter erteilt, analog den für die Kollektivgesellschaft geltenden Vorschriften.[1]

Bei der Aktiengesellschaft steht es unter Vorbehalt anderer Regelung in den Statuten nach 721 III OR der Verwaltung zu, kaufmännische Geschäftsführer zu ernennen. In der Praxis ist gelegentlich der Ausschuss, der Delegierte oder gar die Direktion dafür zuständig, obschon es sich dabei um eine rechtlich 'nicht delegierbare' Aufgabe des Verwaltungsrates handelt.[2] Die Statuten können die Vollmachtenerteilung der Generalversammlung vorbehalten.[3] Denkbar ist auch, dass sie selbst einen Prokuristen bezeichnen.[4]

Für die Kommanditaktiengesellschaft gilt die gleiche Regelung wie für die Aktiengesellschaft, mit der Einschränkung, dass die Verwaltung hier nur aus den unbeschränkt haftenden Mitgliedern der Gesellschaft besteht.[5]

In der Gesellschaft mit beschränkter Haftung sind Prokuristen und Generalhandlungsbevollmächtigte durch die Gesellschafterversammlung zu bestellen, wenn die Statuten nicht die Geschäftsführung oder einzelne Geschäftsführer damit beauftragen.[6] Spezialhandlungsvollmachten werden durch die nach 811/

---

1) 603 OR i.V. mit 566 OR; vgl. Knoepfel, S. 22; Oser/Schönenberger, N. 11 zu 458 OR; Gautschi, N. 14 b zu 458 OR
2) vgl. Bürgi, N. 19 und 22 zu 712 OR; Eigenmann, S. 29 f., S.31, S. 52 f.; a.M. offenbar Oser/Schönenberger, N. 13 zu 458 OR; Knoepfel, S. 20; Wagner, S. 9 f.
3) 721 III OR; vgl. Bürgi, N. 20 zu 721 OR; Schulthess, S. 117; a.M. Funk, N. 2 zu 721 OR, wonach diese Regelung auch durch einen Beschluss der Generalversammlung oder in einem Reglement getroffen werden kann.
4) Knoepfel, S. 19 f.; a.M. Gautschi, N. 15 b zu 458 OR
5) 764 II OR; 765 I OR; vgl. Oser/Schönenberger, N. 14 zu 458 OR; Knoepfel, S. 20; Wagner, S. 10
6) 777 Ziff. 6 OR; 816 OR; vgl. von Steiger Werner, Kommentar

812 OR zur Geschäftsführung und Vertretung befugten Organe erteilt.[1]

Bei der Genossenschaft liegt die Befugnis zur Ernennung kaufmännischer Geschäftsführer bei der Verwaltung, sofern sie von den Statuten nicht der Generalversammlung, einem Verwaltungsausschuss oder einem andern Organ übertragen ist.[2]

Die Liquidatoren einer juristischen Person oder einer Handelsgesellschaft können keine kaufmännischen Geschäftsführer bestellen.[3] Ebensowenig kann der Prokurist selbst eine weitere Prokura erteilen;[4] ob er eine Handlungsvollmacht erteilen kann, ist umstritten.[5]

Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass die Bezeichnung eines Organs für die Erteilung der kaufmännischen Vollmachten insofern nicht von grosser praktischer Bedeutung ist, als diese Vollmachten immer auch stillschweigend durch Duldung seitens des zuständigen Organs begründet werden können.[6]

---

zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, 5. Teil/c, Art. 772-827, Zürich 1965, N. 57 zu 777 OR, N. 24 zu 810 OR; Knoepfel, S. 21

1) vgl. Wagner, S. 10; von Steiger, N. 57 zu 777 OR; Oser/Schönenberger, N. 15 zu 458 OR
2) 897/898 OR; vgl. Oser/Schönenberger, N. 16 zu 548 OR; Gautschi, N. 15 d zu 458 OR; Knoepfel, S. 21; Wagner, S.10
3) vgl. Gautschi, N. 15 e zu 458 OR; Oser/Schönenberger, N. 17 zu 458 OR; Knoepfel, S. 23 ff.
4) vgl. Oser/Schönenberger, N. 18 zu 458 OR; Knoepfel, S. 17, S. 20
5) Bejahend Wagner, S. 10; Oser/Schönenberger, N. 9 zu 459 OR, N. 5 zu 462 OR; a.M. Gautschi, N. 3 c zu 462 OR
6) vgl. Gautschi, N. 15 b und c zu 458 OR; Siegwart, N. 4 zu 566 OR; von Steiger, N. 24 zu 810 OR

§ 10 BEGRUENDUNG UND FORM

I. Die Begründung des Anstellungsverhältnisses des leitenden Arbeitnehmers

1. Allgemeines

Der Anstellungsvertrag nach 319 OR entsteht durch Vertragsschluss, d.h. durch gegenseitige übereinstimmende Willensäusserung der Vertragsparteien.[1]

2. Die Begründung des Anstellungsverhältnisses des Direktors

Die Stellung des Direktors ist durch zwei Elemente gekennzeichnet: einerseits ist er allein oder mit weiteren Personen zusammen Organ der Gesellschaft. Diese Komponente ist sozialrechtlicher Natur und wird durch die Konstitution der Gesellschaft bestimmt. Auf der andern Seite ist er der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Tätigkeit, die sich aus seiner Stellung als Organ ergibt, tatsächlich auszuüben. Dieses Element ist individualrechtlicher Natur.[2]

Unter Berücksichtigung dieser beiden Aspekte geht insbesondere die deutsche Doktrin davon aus, dass bei der Bestellung des Direktors zwei verschiedene Rechtsgeschäfte vorliegen, die Bestellung einer Person zum Organträger als rein körperschaftlicher Akt einerseits und die Begründung eines damit kausal in Beziehung stehenden Anstellungsvertrages anderer-

---

1) Zum 'faktischen' Arbeitsverhältnis nach 320 III OR Guhl/Merz/Kummer, S. 388; Schenk,S. 23 f.; Rehbinder, S. 32

2) vgl. Kolb, S. 5 ff.; Meyer, S. 34 ff.; Wolfers, S. 24 ff.; Bürgi, N. 5/6 zu 708 OR; Felber, S. 26,Anm. 2; oben § 2 IV. B.

seits.[1]

Die schweizerische Literatur lehnt die Auflösung der Bestellung des Direktors in zwei zu trennende Rechtsgeschäfte ab und nimmt ein einheitliches, durch Vertragsschluss entstehendes Rechtsverhältnis an. Danach stellt die durch Gesamtakt des Bestellungsorgans zustandegekommene Wahl eine Offerte an den Gewählten dar, in der Gesellschaft die Stellung eines Direktors auszuüben. Auf der andern Seite liegt die Erklärung des Gewählten, die Wahl anzunehmen.[2]

Die Eintragung im Handelsregister ist für die Gültigkeit des Rechtsverhältnisses nicht massgebend und wirkt nicht konstitutiv.[3]

3. Die Begründung der Prokura und der Handlungsvollmacht

Der Anstellungsvertrag des Prokuristen und des Handlungsbevollmächtigten entsteht nach den Regeln des Arbeitsvertragsrechtes.

Prokura und Handlungsvollmacht selbst sind nach herrschender Meinung abstrakte Vollmachten, die unabhängig von einem allenfalls zugrunde liegenden Arbeitsvertrag bestehen.[4] Sie werden durch einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft begründet und bedürfen keiner Annahme durch den Bevollmächtigten.[5] Die Errichtung bedarf keiner besonderen Form und

---

1) Bürgi, N. 7 zu 708 OR
2) vgl. Bürgi, N. 8 zu 708 OR; Kolb, S. 9, S. 46 ff.; Wolfers, S. 24 ff.; Meyer, S. 34 ff.; Felber, S. 26
3) vgl. Bürgi, N. 22/24 zu 708 OR; Zimmermann, S. 67 f.
4) Knoepfel, S. 11; Wagner, S. 11 ff.; Oser/Schönenberger, N. 26/27 zu 32 OR, N. 2 Vorbemerkungen zu 458/65 OR; Guhl/Merz/Kummer, S. 151 f.; a.M. Gautschi, N. 22 zu 458 OR
5) vgl. Knoepfel, S. 34 f.; Wagner, S. 13; Guhl/Merz/Kummer, S. 152; Oser/Schönenberger, N. 24 zu 458 OR, N. 7 zu 462 OR; a.M. Gautschi, N. 5/6 und 10 zu 458 OR, N. 6 zu 462 OR;

kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.[1] Der Geschäftsherr hat die Erteilung einer Prokura zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (458 II OR). Für die 'kaufmännische' Prokura hat diese Eintragung lediglich deklaratorische Bedeutung.[2] Dagegen ist sie für die 'nicht kaufmännische' Prokura Gültigkeitsmerkmal (458 III OR).[3] Eine Handlungsvollmacht nach 462 OR kann nicht in das Handelsregister eingetragen werden.[4]

II. Die Form des Anstellungsvertrages des leitenden Arbeitnehmers

1. Allgemeines

Soweit es das Gesetz nicht anders bestimmt, bedarf der Einzelarbeitsvertrag zu seiner Gültigkeit keiner besonderen Form (320 I OR). Bestimmte Einzelabreden müssen schriftlich festgehalten sein, damit sie gültig sind. [5]

---

vgl. oben S. 48 f., Anm. 4

1) vgl. Knoepfel, S. 35 ff.; Wagner, S. 13 ff.; Gautschi, N. 11/12 zu 458 OR, N. 6 zu 462 OR; Oser Schönenberger, N. 24 zu 458 OR, N. 7 zu 462 OR
2) vgl. Knoepfel, S. 37 ff.; Oser/Schönenberger, N. 25/26 zu 458 OR; Gautschi, N. 6 zu 461 OR
3) Fehlt der Eintrag, kann eine Handlungsvollmacht nach 462 OR vorliegen. vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 125 f.; Knoepfel, S. 37; Oser/Schönenberger, N. 23 zu 458 OR; Gautschi, N. 10 a zu 458 OR
4) vgl. Wagner, S. 16 f.; Oser/Schönenberger, N. 8 zu 462 OR
5) Der Schriftform bedarf der Lehrvertrag (344 a I OR) und der Heuervertrag der Seeleute (Bundesgesetz über die Seeschiffahrt unter der Schweizerflagge (Seeschiffahrtsgesetz) vom 23. September 1953 Art. 69 Abs. 2). Beim Handelsreisendenvertrag ist die Schriftform ebenfalls vorgesehen, wird aber nicht als Gültigkeitsmerkmal verlangt (vgl. dazu 347 a OR).
321 c III, 322 b II, 323 II, 324 a IV, 327 a II, 330 II, 332 II, 336 b II, 339 II, 339 c I, 339 c IV, 340 I und 340 b III OR

2. Leitende Arbeitnehmer

Für den Anstellungsvertrag des Direktors, des Prokuristen und des Handlungbevollmächtigten bestehen keine besonderen Formvorschriften. Die Bestimmung, wonach die 'nicht kaufmännische' Prokura nur durch Eintragung in das Handelsregister bestellt werden kann, bezieht sich nur auf die Prokura als solche und nicht auf den zugrunde liegenden Arbeitsvertrag. In der Praxis aber werden die Anstellungsbedingungen leitender Arbeitnehmer regelmässig in irgendeiner Form schriftlich festgehalten. Die Schriftlichkeit dient vor allem der Sicherung des Beweises. Dazu kommt, dass die Einzelabreden, die zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form bedürfen, in den Anstellungsbedingungen leitender Arbeitnehmer besonders häufig zu finden sind.[1]

---

1) vgl. 321 c III, 327 a II, 336 b II, 339 c I, 340 I, 340 b III OR

2. Abschnitt

DER INHALT DES ANSTELLUNGSVERHAELTNISSES DES LEITENDEN ARBEITNEHMERS

§ 11 ALLGEMEINES

I. Uebersicht

1. Allgemeines

Für zahlreiche Arbeitnehmer sind heute die Anstellungsbedingungen in Gesamtarbeitsverträgen mehr oder weniger einheitlich geregelt. Im Vordergrund stehen dabei die Bestimmungen, die den Lohn, die Arbeitszeit, die Ferien und die Kündigung betreffen.[1]

2. Leitende Arbeitnehmer

Es ist kennzeichnend für den leitenden Arbeitnehmer, dass die Arbeitsbedingungen zwischen ihm und der Geschäftsleitung jeweils individuell vereinbart werden.[2] Insoweit ist eine allgemeingültige Darstellung seiner Anstellungsbedingungen nicht möglich. Die folgenden Ausführungen beschränken sich deshalb darauf, in Stichworten eine Uebersicht über mögliche Vertragspunkte zu geben.

Die Tätigkeit und das Aufgabengebiet des leitenden Arbeitnehmers, sein Gehalt einschliesslich Nebenleistungen und der Eintrittstermin bedürfen in jedem Falle der Regelung. Solange

---

1) vgl. oben § 3 IV.3.; Rehbinder S. 140
2) vgl. oben § 3 IV.3.

sich die Parteien über diese Punkte nicht geeinigt haben, ist in der Regel kein Anstellungsvertrag zustandegekommen.[1] In den meisten Fällen werden zusätzlich die Ferien, die Vertragsdauer und die Kündigungsmodalitäten festgelegt. Darüber hinaus ist es üblich, Bestimmungen bezüglich Auslagenersatz, Lohnfortzahlung bei Krankheit, Unfall und Tod, Geheimhaltung, Nebenbeschäftigung und Diensterfindungen in den Vertrag aufzunehmen. Schliesslich sind jene Punkte zu nennen, die entsprechend der besonderen Interessenlage der Vertragsparteien unter Berücksichtigung des dem Arbeitsverhältnis innewohnenden Treue- und Fürsorgegedankens in Anstellungsverträgen mit leitenden Arbeitnehmern geregelt zu werden pflegen. Zu diesen gehören die Altersvorsorge, die Versicherung für Betriebs- und Nichtbetriebsunfälle, die Weiterbildung und das Konkurrenzverbot für die Zeit nach der Auflösung des Anstellungsverhältnisses.

Im folgenden geht es weniger darum, die praktische Ausgestaltung der einzelnen Vertragspunkte aufzuzeigen. In erster Linie sollen Fragen erörtert werden, zu deren Lösung nicht nur das Arbeitsvertragsrecht, sondern auch Bestimmungen des Gesellschaftsrechts und der kaufmännischen Geschäftsführung herangezogen werden müssen.

II. Die Bedeutung des Reglementes der Aktiengesellschaft für das Anstellungsverhältnis leitender Arbeitnehmer

1. Allgemeines

Die Rechte und Pflichten der leitenden Funktionäre einer Aktiengesellschaft gehen nicht nur aus besonderen Abmachungen,

---

1) Die Uebersicht folgt Grüll, S. 176 ff.; vgl. auch Schweizerischer Kaufmännischer Verein, Besondere Anstellungs-

sondern teilweise auch aus den autonomen Satzungen der Gesellschaft, den Statuten und Reglementen, hervor.[1] Dabei kommt den Reglementen eine grosse Bedeutung zu.[2]

2. Begriff

Das Reglement ist die '(schriftliche) Zusammenfassung von Verhaltensmassregeln der internen Körperschaftsordnung, erlassen durch förmlichen Beschluss eines zuständigen Organes für jenen Bereich, der nicht schon durch Gesetz und Statuten geordnet und den letzteren nicht zwingend vorbehalten ist.'[3] Nach dem Inhalt ist zwischen Organisationsreglementen und Geschäftsreglementen zu unterscheiden. Das Organisationsreglement ordnet die Rechte und Pflichten der Organe der Gesellschaft. Es enthält unter anderem Bestimmungen über die Besetzung der Organe, ihre Befugnisse und Pflichten, die Ordnungsvorschriften für die Versammlungen und Sitzungen und die Entschädigungen ihrer Mitglieder. Das Geschäftsreglement ordnet die Führung der Gesellschaft in technischer, kaufmännischer und rechtlicher Hinsicht.[4] Die Reglemente gehören zu den Interna der Gesellschaft und brauchen weder veröffentlicht

---

bedingungen für leitende Angestellte, Postulate für das kaufmännische Kader, Merkblatt Nr. 4; Hindermann Walter E., Das neue Arbeitsvertragsrecht, Spiegel (Jahr ?), S 3a; Deutscher Gewerkschaftsbund, Muster eines Anstellungsvertrages für leitende Angestellte, deren Arbeitsbedingungen nicht in Tarifverträgen geregelt sind, (Jahr ?)

1) vgl. die Uebersicht über die Rechtsquellen der Aktiengesellschaft bei Eigenmann, S. 8 ff.
2) vgl. 712, 717 und 721 OR; Eigenmann, S. 23 ff.; Zimmermann, S. 43 ff.
3) Eigenmann, S. 14; zu den einzelnen Begriffsmerkmalen Eigenmann, S. 11 ff; vgl. auch Bürgi, N. 31 zu 712 OR; zum Erlass des Reglementes Eigenmann, S. 16 ff.; Bürgi, N. 37/45 zu 712 OR
4) vgl. Eigenmann, S. 15, S. 74 f.; Zimmermann, S. 45; Bürgi, N. 34/35 zu 712 OR
Vom Organisationsreglement handeln 712 II, 717 I und II, 721 OR, vom Geschäftsreglement 722 II Ziff. 2 OR

noch dem Handelsregisteramt bekanntgegeben zu werden.[1]

3. Die Bedeutung des Reglementes für das Anstellungsverhältnis des Direktors und des Prokuristen

Beim Grossteil der Gesellschaften wird der Inhalt des Anstellungsvertrages des Direktors auf einige wenige Fragen individueller Natur beschränkt. Zu diesen gehören vor allem der Eintrittstermin, die Vertragsdauer, Gehalt und Nebenleistungen, Kaution, Konkurrenzverbot, Nebenbeschäftigungsverbot und Bürgschafts- und Kreditaufnahmeverbot. Alle andern Fragen, welche die Stellung des Direktors im Unternehmen betreffen, sind in den Reglementen geordnet, auf die der Anstellungsvertrag verweist.[2]

Das Organisationsreglement enthält die allgemeinen Vorschriften, welche für alle Direktoren, unabhängig von ihren besonderen Funktionen im Unternehmen, gelten.[3] Dabei wird oft auch die Sorgfaltspflicht bei der Geschäftsführung angeführt, obwohl sich diese schon aus dem Gesetz ergibt (722 I OR).[4] Als Sonderpflichten werden in vielen Fällen auch die schon erwähnten Fragen des Konkurrenzverbotes, Nebenbeschäftigungsverbotes und des Bürgschafts- und Kreditaufnahmeverbotes angeführt.[5] Dazu kommen oft die Verbote, sich an Spekulationen zu beteiligen oder von Kunden und Lieferanten Gelegenheitsgeschenke anzunehmen.[6] Das Geschäftsreglement regelt die besonderen Kompetenzen und Pflichten, die sich aus der Stellung des Direktors als Leiter einer Abteilung ergeben.[7]

---

1) vgl. Eigenmann, S. 25; Bürgi, N. 46 zu 712 OR
2) Eigenmann, S. 67 f.; vgl. auch Wolfers, S. 84; Felber, S. 6, S. 34 f.
3) Eigenmann, S. 68
4) Eigenmann, S. 69
5) Eigenmann, S. 69
6) Eigenmann, S. 69
7) Eigenmann, S. 68 f., S. 74 ff.; vgl. auch Wolfers, S. 71 ff.; Felber, S. 45 ff.

Gelegentlich werden die Reglemente zu integrierenden Bestandteilen des Anstellungsvertrages des Direktors erklärt. In diesem Falle kann das Reglement nicht mehr einseitig durch Beschluss des für den Erlass zuständigen Organs, sondern nur noch mit Zustimmung des Direktors abgeändert werden.[1] Enthält der Anstellungsvertrag keine derartige Bezugnahme auf die Reglemente, kann der Direktor allfällige Reglementsänderungen nicht verhindern. Bei Vertragsabschluss ist ihm ja auch bekannt, dass er sich zu wechselvollen Aufgaben verpflichtet, welche durch die Statuten, Reglemente und Beschlüsse übergeordneter Organe bestimmt sind. Immerhin können wesentliche Abweichungen vom anfänglichen Zustand, die seine Stellung in der Hierarchie stark beeinträchtigen, wichtige Gründe im Sinne von 337 I OR darstellen und ihn zur fristlosen Auflösung des Anstellungsverhältnisses berechtigen.[2]

Die Prokuristen werden in den Organisationsreglementen nur selten erwähnt. Ihre Rechte und Pflichten werden meistens in den Geschäftsreglementen näher geordnet.

III. Der Grundsatz der Gleichbehandlung

1. Allgemeines

Für den Arbeitsvertrag gilt wie für jede andere rechtsgeschäftlich begründete Obligation der Grundsatz der Gestaltungsfreiheit (19 OR). Diese wird eingeschränkt durch die zwingenden Vorschriften des Arbeitsvertragsrechtes (361/362 OR) und des Arbeitsschutzrechtes sowie durch Bestimmungen in Gesamtarbeitsverträgen und Betriebsordnungen (37/39 ArG), soweit diese die Arbeitsbedingungen regeln. Eine weitere

---

1) vgl. Eigenmann, S. 67; Felber, S. 6, S. 34 f.
2) vgl. Felber, S. 34 f., Anm. 27; Wolfers, S. 93 f.

Einschränkung kann der von einzelnen Autoren vertretene Grundsatz der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung der Arbeitnehmer bedeuten. Er verbietet die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer.[1]

2. Leitende Arbeitnehmer

Der Grundsatz der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung kommt beim leitenden Arbeitnehmer nicht zur Anwendung, da seine Tätigkeit regelmässig besondere persönliche Voraussetzungen und Fähigkeiten erfordert und der Vergleichbarkeit der Arbeit deshalb nicht die gleiche Bedeutung zukommt.[2]

Die zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechtes gelten natürlich auch für den leitenden Arbeitnehmer. Dagegen bewirken hier die Bestimmungen des Arbeitsschutzrechtes, der Gesamtarbeitsverträge und der Betriebsordnungen in der Regel keine Einschränkung der Gestaltungsfreiheit.

Bei der Regelung der Anstellungsbedingungen der leitenden Arbeitnehmer können die Parteien insofern eingeschränkt sein, als die Statuten und Reglemente der Gesellschaft diesbezügliche Bestimmungen enthalten.

---

1) vgl. Schenk, S. 123; Rehbinder, S. 63; SJZ 65/1969, S. 50 f. Nach Nef, S. 239 und Schweingruber, Arbeitsvertrag, N. 7 zu 322 d, ist der Grundsatz der Gleichbehandlung dem schweizerischen Arbeitsvertragsrecht fremd.
2) SJZ 65/1969, S. 50

§ 12 DER LOHN DES LEITENDEN ARBEITNEHMERS

I. Allgemeines

Die Hauptpflicht des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis ist die Lohnzahlungspflicht (319 OR). Das Arbeitsvertragsrecht regelt den Geld- und den Naturallohn, den Zeit- und den Akkordlohn, den Anteil am Geschäftsergebnis, die Provision und die Gratifikation.[1]

Das Entgelt der leitenden Arbeitnehmer nimmt in der Praxis recht verschiedenartige Formen an. In der Regel erhält er wie jeder andere Arbeitnehmer ein festes Gehalt (Zeitlohn). Das gilt auch für die Direktoren, wenn auch bei der Aktiengesellschaft die Tantieme die 'traditionelle' Leistungsvergütung an die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Direktion darstellt. In den meisten Fällen erhält der leitende Arbeitnehmer zudem eine Gratifikation ausgerichtet. Auf Grund der Erkenntnis, dass der Erfolg eines Unternehmens wesentlich vom Können, vom Verantwortungsbewusstsein und von der Leistungsbereitschaft seiner leitenden Mitarbeiter abhängt, gehen zudem immer mehr Unternehmen dazu über, ihre leitenden Arbeitnehmer in Form einer Tantieme am Gewinn des Unternehmens zu beteiligen. Zur Leistungsvergütung an leitende Arbeitnehmer wird in der Praxis gelegentlich auch der Auslagenersatz (327 a I OR) herangezogen, indem unter diesem Titel Beträge ausgerichtet werden, deren Höhe die tatsächlichen Auslagen übersteigt. Zu erwähnen sind schliesslich jene 'Nebenleistungen', die leitenden Arbeitnehmern oft zusätzlich zu ihren ordentlichen Barbezügen gewährt werden. Dazu gehören beispielsweise die Bereitstellung von Wohnraum, die

---

1) vgl. dazu 322 ff. OR

Ueberlassung eines Dienstwagens, die Unterstützung beim Kauf und beim Unterhalt eines Privatwagens, die Abgabe von Aktien, Partizipations- oder Genussscheinen des Unternehmens oder die Gewährung zusätzlicher Leistungen in der Altersvorsorge.

Die leitenden Arbeitnehmer werden im Sinne des Arbeitsvertragsrechtes entlöhnt. Das gilt insbesondere auch für Direktoren.[1] Die folgenden Ausführungen können sich deshalb auf die Erörterung ausgewählter Einzelpunkte beschränken. Für alle weiteren Fragen wird auf die einschlägigen Kommentare zum Arbeitsvertragsrecht verwiesen.

II. Zur Tantieme des Direktors

1. Allgemeines (322 a OR)

Einzelnen Arbeitnehmern oder Gruppen von Arbeitnehmern wird gelegentlich zu ihrem Normallohn ein Anteil am Geschäftsergebnis vertraglich zugesichert. Das Gesetz ordnet das dadurch entstehende Rechtsverhältnis nicht in allen Teilen, sondern begnügt sich in 322 a OR damit, den Begriff des Anteils am Geschäftsergebnis zu umschreiben, eine Vorschrift für dessen Berechnung zu erlassen und eine angemessene Kontrolle sicherzustellen.

Anteil am Geschäftsergebnis im Sinne des Gesetzes ist jede Form der Beteiligung am rechnungsmässigen Erfolg des Betriebes oder des Unternehmens. Als mögliche Beteiligungsgrundlagen nennt das Gesetz den Gewinn und den Umsatz. Darüber hinaus kommen auch betriebliche Kosteneinsparungen, Produktionsleistungen und weitere betriebswirtschaftliche Grössen in

---

1) vgl. Wolfers, S. 82; Felber, S. 58

Frage. Das Anteilsrecht muss sich ferner nicht auf das Ergebnis des ganzen Betriebes oder Unternehmens erstrecken, sondern kann sich beispielsweise auf das Ergebnis eines Betriebszweiges oder einer Unterabteilung beschränken. Da die ausgerichteten Erfolgsanteile als Lohnbestandteile gelten, werden sie vom Arbeitgeber regelmässig als Unkosten verbucht.

2. Die aktienrechtliche Tantieme (677 OR)

Nach 677 OR dürfen Gewinnanteile an die Mitglieder der Verwaltung nur dem bilanzmässigen Reingewinn der Gesellschaft entnommen werden.[1] Vorgängig muss ferner der gesetzliche Reservefonds gespiesen und den Aktionären eine Dividende von mindestens 4 % ausgeschüttet werden.[2] Diese gesetzlichen Schranken können statutarisch noch enger gezogen werden. Jede Ausschüttung von Tantiemen muss statutarisch verankert sein.[3] Die aktienrechtlichen Tantiemen dürfen nicht als Unkosten verbucht werden.[4]

Das Arbeitsvertragsrecht eröffnet in 322 a OR eine Vielzahl von Möglichkeiten, die Arbeitnehmer am Erfolg eines Unternehmens zu beteiligen. Demgegenüber setzt das Aktienrecht in 677 OR der Ausschüttung von Tantiemen an die Mitglieder der Verwaltung enge Grenzen. Damit stellt sich im vorliegenden Zusammenhang die Frage, ob auch leitende Arbeitnehmer, insbesondere Direktoren, unter die Regelung von 677 OR fallen können. Obwohl das Gesetz nur von den Gewinnanteilen der

---

1) vgl. zum Begriff des Reingewinns Bürgi, N. 14/18 zu 677 OR
2) vgl. zur Rangordnung bei der Gewinnverteilung Bürgi, N. 23/27 zu 677 OR; Germanier, S. 51 ff.
3) BGE 84 II 550; vgl. 627 Ziff. 2 OR, 698 II Ziff. 3 OR; a.M. Bürgi, N. 21 zu 677 OR, wonach die Generalversammlung auch ohne ausdrückliche statutarische Ermächtigung die Ausrichtung einer Tantieme an die Verwaltung beschliessen kann.
4) vgl. Bürgi, N. 4 und 14 zu 677 OR; Germanier, S. 76

'Mitglieder der Verwaltung' spricht, ist sich die Doktrin nicht schlüssig darüber, ob darunter ausschliesslich die Mitglieder des Verwaltungsrates oder auch die untergeordneten Verwaltungsinstanzen, insbesondere die Direktoren, zu verstehen sind. Dabei überwiegt eher jene Meinung, welche die Anwendung von 677 OR auf die Mitglieder des Verwaltungsrates beschränkt.[1]

III. Rückerstattung empfangener Bezüge nach 678/679 OR

Nach 678 OR sind die Mitglieder der Verwaltung der Aktiengesellschaft verpflichtet, ungerechtfertigterweise und in bösem Glauben bezogene Gewinnanteile der Gesellschaft zurückzuerstatten. Die Rückforderungsklage der Gesellschaft verjährt mit dem Ablauf von fünf Jahren, vom Tage der Ausrichtung an gerechnet. Einschneidender ist die Rückerstattungspflicht, welche die Mitglieder der Verwaltung trifft, wenn die Gesellschaft in Konkurs geraten ist. In diesem Falle sind sie den Gesellschaftsgläubigern gegenüber verpflichtet, alle in den letzten drei Jahren vor Konkursausbruch als Gewinnanteile oder unter anderer Bezeichnung bezogenen Beträge insoweit zurückzuerstatten, als sie ein angemessenes Entgelt für die vom einzelnen Mitglied der Verwaltung geleisteten Dienste übersteigen und bei vorsichtiger Bilanzierung nicht hätten ausgerichtet werden dürfen. Die Rückerstattung ist soweit ausgeschlossen, als sie auch nach den allgemeinen Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung nicht gefordert werden kann.

---

1) vgl. Bürgi, N. 2 zu 677 OR; Funk, N. 1 zu 677 OR; Schucany, N. 1 zu 677 OR; Bossard E., Die Reserven der Aktiengesellschaft im neuen Obligationenrecht, Bern, 1940, S. 124; a.M. Germanier, S. 41 f.; Felber, S. 40; Eigenmann, S. 28, Anm. 50

Strittig ist auch hier, ob von der Regelung nur die Verwaltungsratsmitglieder oder auch die Mitglieder der Verwaltung im weiteren Sinne betroffen werden. Mehrheitlich wird angenommen, dass die Rückerstattungspflicht nach 678 und 679 OR auf die Mitglieder des Verwaltungsrates beschränkt ist.[1]

IV. Die konkursrechtliche Behandlung der Ansprüche des leitenden Arbeitnehmers aus dem Anstellungsverhältnis

Im Konkurs des Arbeitgebers kann der leitende Arbeitnehmer wie jeder andere Arbeitnehmer seine Forderungen aus dem Anstellungsverhältnis geltend machen. Es kann sich aber die Frage stellen, wann sie als Forderungen erster Klasse und wann als solche fünfter Klasse zu behandeln sind. In persönlicher Hinsicht erstreckt sich der Geltungsbereich des 'Lohnprivilegs' auf Forderungen von 'Arbeitnehmern und Heimarbeitern'.[2] Darunter fallen nach einhelliger Auffassung auch die Forderungen von Prokuristen und anderen Arbeitnehmern mit leitenden Funktionen.[3] Umstritten ist dagegen, ob auch die Forderungen des Direktors in der ersten Klasse zu kollozieren sind. Theorie und Praxis sind mehrheitlich der Auffassung, dass eine Privilegierung weder von vorneherein zu bejahen noch von vorneherein zu verneinen ist. Vielmehr ist in jedem einzelnen Fall die wirtschaftliche Stellung der in Frage stehenden Person zu prüfen. Erweist sie sich als eine durchaus selbständige, ist das 'Lohnprivileg' zu versagen. Besteht

---

1) vgl. Bürgi, N. 42 zu 678 OR, N. 5 zu 679 OR; Funk, N. 2 zu 679 OR; a.M. Germanier, S. 72, S. 74; Eigenmann, S. 28, Anm. 50

2) 219 IV, Erste Klasse, lit. a SchKG; vgl. auch Botschaft Arbeitsgesetz, S. 1011 f.

3) vgl. Bracher René, Die Privilegierung der Dienstboten, Angestellten und Arbeiter im Konkurs nach eidgenössischem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Diss. Zürich 1933, S. 66, S. 68, S. 72 ff.; Jaeger C., Das Bundesgesetz be-

dagegen eine gewisse Abhängigkeit vom Arbeitgeber, ist das Privileg zu gewähren.[1] Jaeger schliesst eine Privilegierung von vorneherein aus.[2] Blumenstein bejaht sie vorbehaltlos.[3] Felber will je nach dem Grad der Selbständigkeit des Direktors nur einen Teil der Forderungen in der ersten Klasse kollozieren.[4]

Der Direktor übt seine Tätigkeit auf der Grundlage eines Arbeitsvertrages aus. Auch wenn er im Vergleich zu andern Arbeitnehmern eine relativ unabhängige Stellung innehat, so befindet sich doch auch er grundsätzlich in persönlicher und meist auch wirtschaftlicher Abhängigkeit. Er hat deshalb wie jeder andere Arbeitnehmer Anspruch auf das konkursrechtliche 'Lohnprivileg'; vorausgesetzt ist, dass er nicht selbst namhaft am Kapital der Gesellschaft beteiligt ist. Man beachte die Präzisierung im revidierten Art. 219, Abs. 4, Erste Klasse SchKG, wonach privilegiert sind: alle Förderungen von Arbeitnehmern und Heimarbeitern aus dem Arbeitsverhältnis, die in den letzten sechs Monaten vor der Konkurseröffnung entstanden sind, mit Einschluss von Forderungen wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge Konkurses des Arbeitgebers und von Rückforderungen von Kautionen. Damit sind mehrere Kontroversen in der Auslegung des früheren Art. 219 SchKG in einem für den Arbeitnehmer günstigen Sinne bereinigt worden

---

treffend Schuldbetreibung und Konkurs, Dritte, vollständig neu bearbeitete Auflage, Zürich 1911, N. 15 zu 219 SchKG; Jaeger/Daeniker, Schuldbetreibungs- und Konkurs-Praxis der Jahre 1911-1945, Erster Band, Zürich 1947, N. 9 zu 219 SchKG; Blumenstein Ernst, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts,Bern 1911, S. 684, lit. bb

1) vgl. Bracher, S. 73 f.; BGE 52 III 147; Jaeger/Daeniker, N. 9 zu 219 SchKG; Felber, S. 42 ff.; Germanier, S. 67 f., S. 78; Bürgi, N. 36 zu 677 OR; ZBJV 59/1923, S. 397 ff.
2) Jaeger, N. 15 zu 219 SchKG
3) Blumenstein, S. 684, lit. bb
4) Felber, S. 43
5) vgl. Schweingruber Edwin, Dienstvertragsrecht und Betreibungsrecht, Zusammenhänge und Grenzfragen, in: Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs 25/1961, insbesondere S. 142 f

§ 13 DIE TREUEPFLICHT DES LEITENDEN ARBEITNEHMERS

I. Allgemeines

Der Arbeitnehmer hat 'die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren' (321 a I OR). Er ist verpflichtet, sich nach besten Kräften für die Interessen des Arbeitgebers einzusetzen und alles zu unterlassen, was diesen Interessen abträglich sein könnte.[1] Aus dieser allgemeinen Treuepflicht des Arbeitnehmers ergeben sich eine Reihe von Einzelpflichten wie die Pflicht zur persönlichen Erfüllung (321 OR), die Pflicht zur Leistung von Ueberstundenarbeit (321 c OR), die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers beim Freizeitnehmen (329 OR), das Konkurrenzverbot während der Dauer des Arbeitsverhältnisses (321 a III OR), die Geheimhaltungspflicht (321 a IV OR) und das Schmiergeldverbot.[2] Ausnahmsweise wirkt die Treuepflicht des Arbeitnehmers über die Dauer des Arbeitsverhältnisses hinaus (321 a IV OR).[3] Bei schuldhafter Verletzung der Treuepflicht greifen verschiedene Rechtsfolgen Platz.[4]

Zwischen einem ungelernten Arbeiter und seinem Arbeitgeber sind die persönlichen Beziehungen relativ gering. Das Vertragsverhältnis ist mehr oder weniger auf den Austausch von Arbeit und Lohn beschränkt; es handelt sich um einen typischen Interessengegensatzvertrag. Treue bedeutet hier vor

---

1) vgl. Botschaft Arbeitsvertrag, S. 300; Raaflaub, S. 15; Oser/Schönenberger, N. 31/32 zu 319 OR
2) vgl. Botschaft Arbeitsvertrag, S. 300
3) vgl. Botschaft Arbeitsvertrag, S. 302; Raaflaub, S. 24; Wohlmann Herbert, Die Treuepflicht des Aktionärs, Diss. Zürich 1968, S. 69
4) vgl. Raaflaub, S. 24 ff.; Oser/Schönenberger, N. 33 zu 319 OR; Wohlmann, S. 63 ff.; Rehbinder, S. 46 ff.

allem Vertragstreue, Halten des gegebenen Wortes nach dem objektivierten Sinn. Die arbeitsvertragliche Treuepflicht äussert sich vor allem negativ, indem der Arbeitnehmer alles zu unterlassen hat, was den Interessen des Arbeitgebers abträglich sein könnte.

Demgegenüber bestehen zwischen dem leitenden Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber regelmässig enge persönliche Bindungen. Der leitende Arbeitnehmer nimmt Aufgaben wahr, die einem Arbeitnehmer nur auf Grund besonderen Vertrauens übertragen werden.[1] Korrelat dieses Vertrauens ist die Pflicht des leitenden Arbeitnehmers zu besonderer Treue. Treue bedeutet hier nicht mehr nur Halten des gegebenen Wortes und Unterlassen dessen, was den Interessen des Arbeitgebers zuwiderlaufen könnte, sondern vor allem auch vollen Einsatz für die Interessen des Arbeitgebers. Das heisst, dass der leitende Arbeitnehmer in erster Linie die Interessen des Arbeitgebers zu verfolgen und seine persönlichen Belange in den Hintergrund zu stellen hat. Die Wahrung der Interessen des Arbeitgebers ist seine das Vertragsverhältnis beherrschende Nebenpflicht. Sein Anstellungsvertrag weist deshalb Elemente eines Interessenwahrungsvertrages auf.[2] Andererseits bedeutet dies keine Selbstaufgabe des leitenden Arbeitnehmers. Seine Treuepflicht findet ihre Grenzen dort, wo das Gesetz oder der Anstellungsvertrag bewusst eine Regelung enthält, die den Sonderinteressen des leitenden Arbeitnehmers dient.[3] Wo im Einzelfall diese Grenze zu ziehen ist, lässt sich nicht allgemeingültig umschreiben, sondern bestimmt sich nach der Gesamtkonzeption des einzelnen Anstellungsverhältnisses.[4] Gewisse Treuepflichtverletzungen er-

---

1) oben § 8
2) vgl. oben § 6 I.
3) vgl. Wohlmann, S. 68
4) vgl. Raaflaub, S. 21 ff.

achtet der Gesetzgeber als so schwerwiegend, dass sie auch strafrechtlich erfasst werden. In unserem Zusammenhang ist diesbezüglich vor allem auf den Tatbestand der 'Ungetreuen Geschäftsführung' nach 159 StGB hinzuweisen.[1]

Die kaufmännischen Geschäftsführer unterstehen einer allgemeinen Treuepflicht, die eine strenge Wahrung der Interessen des Geschäftsherrn verlangt, unabhängig davon, ob Prokura und Handlungsvollmacht als abstrakte Ermächtigung oder als Vollmachtsauftrag verstanden werden und unabhängig von der rechtlichen Qualifikation des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses.[2] Dieser allgemeinen Treuepflicht entspricht unter anderem das Konkurrenzverbot in 464 OR, welches ein Verbot des Selbstkontrahierens und der Doppelvertretung miteinschliesst.[3]

Der Direktor und die weiteren zur Verwaltung und Geschäftsführung befugten Personen bekleiden eine ausgesprochene Vertrauensstellung. Daraus leitet sich nach übereinstimmender Auffassung eine besondere Treuepflicht ab, unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung der einzelnen Vertragsverhältnisse. Die betreffenden Personen haben in erster Linie im Interesse der Gesellschaft und ihrer Mitglieder zu handeln und müssen persönliche Interessen hintanstellen.[4] Aus dieser allgemeinen Treuepflicht leitet die Doktrin ein Konkurrenzverbot für die Dauer des Anstellungsverhältnisses, eine umfassende Geheimhaltungspflicht und ein Verbot des Selbstkontrahierens und der Doppelvertretung ab.[5]

---

1) vgl. auch 140, 162 und 321 StGB
2) vgl. Wohlmann, S. 25; Gautschi, N. 1 a zu 464 OR
3) Gautschi, N. 6 zu 459 OR
4) vgl. Wohlmann, S. 41; Bürgi, N. 8 zu 722 OR; Funk, N. 1 zu 722 OR; Gautschi, N. 1 a zu 464 OR; Schulthess, S. 53; Meier-Wehrli, S. 17, S. 32 f.
5) vgl. Meier-Wehrli, S. 33; Wohlmann, S. 41; Bürgi, N. 9, 11/12 zu 722 OR; Funk, N. 1 zu 722 OR; Schulthess, S. 52 f.

II. Die Pflicht des leitenden Arbeitnehmers zu persönlicher Erfüllung

Der Arbeitnehmer hat die übernommene Arbeit persönlich zu leisten,sofern sich nicht aus der Verabredung oder aus den Umständen etwas anderes ergibt (321 OR). Für den leitenden Arbeitnehmer ist die persönliche Erfüllung angesichts seiner besonderen Vertrauensstellung unerlässlich.

Der Direktor und der Prokurist unterstehen unabhängig vom Arbeitsvertragsrecht einem Substitutionsverbot.[1] Nach Gautschi sind jedoch Fälle denkbar, in denen sie geradezu verpflichtet sind, ihre Funktionen einem Dritten zu übertragen. Das ist beispielsweise der Fall, wenn der einzige Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft für längere Zeit abwesend ist und der Einzelprokurist während dieser Zeit arbeitsunfähig wird. Hier stellt die Substitution den einzigen gangbaren Weg dar, um das Unternehmen aktionsfähig zu erhalten.[2]

III. Die Pflicht zur Leistung von Ueberstundenarbeit

Ueberstundenarbeit ist jede Arbeit, welche die vertraglich bestimmte oder die übliche Arbeitszeit überschreitet. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet Ueberstundenarbeit zu leisten, wenn sich dies im Interesse des Arbeitgebers als notwendig erweist und wenn sie als zumutbar erscheint (321 c I OR).[3]

---

1) vgl. Oser/Schönenberger, N. 9 zu 459 OR; Gautschi, N. 5 c zu 459 OR; Wolfers, S. 82; Kolb, S. 60 f.; Schulthess, S. 34 f.
2) Gautschi, N. 5 d zu 459 OR
3) Diese zivilrechtliche Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Leistung von Ueberstundenarbeit findet ihre Schranken in den vom Arbeitsgesetz und andern Gesetzen aufgestellten

Geleistete Ueberstundenarbeit ist angemessen zu entschädigen. Im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer kann sie durch zusätzliche Freizeit von mindestens gleicher Dauer ausgeglichen werden (321 c II OR). Wird sie nicht durch Freizeit ausgeglichen und ist nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt, so hat der Arbeitnehmer für die geleistete Ueberstundenarbeit Anspruch auf den normalen Lohn plus einem Zuschlag von mindestens einem Viertel(321 c III OR).

Die Tätigkeit des leitenden Arbeitnehmers lässt sich ihrem Wesen nach zeitlich nicht auf die Leistung einer bestimmten Anzahl von Arbeitsstunden beschränken. Um seiner vertraglichen Verpflichtung nachzukommen, muss der leitende Arbeitnehmer regelmässig mehr oder weniger lang über die im Unternehmen ordentlicherweise geltende Arbeitszeit hinaus für den Arbeitgeber tätig sein.[1] Das Gesetz trägt diesem Umstand unter anderem dadurch Rechnung, dass es Arbeitnehmer mit einer 'höheren leitenden Tätigkeit' vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes mit seinen Vorschriften über die wöchentliche Höchstarbeitszeit ausnimmt.[2] In den meisten Fällen dürfte es zweckmässig sein, durch schriftliche Abrede die Entschä-

---

öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitvorschriften. Das Arbeitsgesetz verwendet den Begriff 'Ueberzeitarbeit' und versteht darunter die über die gesetzliche wöchentliche Höchstarbeitszeit hinausgehende Arbeitsleistung. vgl. 9 und 12 ArG; Schweingruber, Arbeitsvertrag, N. 1/3 zu 321 c OR; Botschaft Arbeitsvertrag, S. 305; Streiff Ullin, Leitfaden zum neuen Arbeitsvertrags-Recht, 3., ergänzte und überarbeitete Auflage, Zürich 1974, N. 3 zu 321 c OR vgl. auch die Regelung für das Büropersonal, die technischen und andern Angestellten und für das Verkaufspersonal in Grossbetrieben des Detailhandels in 13 I ArG; dazu Schenk, S. 52 f.; Streiff, N. 5 zu 321 c OR

1) vgl. Hug, Kommentar, N. 12 zu 3 ArG. Die leitenden Arbeitnehmer im Sinne von 3 lit. d ArG haben deshalb auch keinen Anspruch auf den in 13 ArG vorgesehenen Zuschlag für Ueberzeitarbeit.

2) oben § 5 II.

digung für allfällige Ueberstunden im Monatslohn aufgehen zu lassen (321 c III OR).[1] Beim Fehlen einer ausdrücklichen Abrede betreffend einer Entschädigung für Ueberstundenarbeit kann es fraglich sein, ob der leitende Arbeitnehmer Anspruch auf eine zusätzliche Entschädigung hat. In diesem Sinne hatte das Bundesgericht in einem unveröffentlichten Entscheid unter der Regelung von Art. 336 des alten OR festgestellt, dass ein höherer Angestellter, beispielsweise ein Direktor, im allgemeinen zur Leistung von Ueberstundenarbeit gehalten sei, ohne dabei Anspruch auf eine besondere Entschädigung zu haben.[2] Das dürfte auch unter dem neuen Recht gelten. Dies muss nicht im Widerspruch zur absolut zwingenden Formvorschrift von 321 c III OR stehen. Die Auslegung des Anstellungsvertrages wird in den meisten Fällen ergeben, dass die über die ordentliche Arbeitszeit hinausgehende Leistung des leitenden Arbeitnehmers noch in das vertraglich vorgesehene Arbeitsmass fällt, dass also gar keine Ueberstundenarbeit im Sinne des Gesetzes vorliegt.[3] Anders ist in jenen Fällen zu entscheiden, in denen der Lohn des leitenden Arbeitnehmers im Anstellungsvertrag ausnahmsweise ausdrücklich nach einer bestimmten zeitlichen Normalleistung bemessen ist und in denen diese zeitliche Normalleistung nicht unwesentlich überschritten wird.

IV. Das Konkurrenzverbot während der Dauer des Anstellungsverhältnisses

Aus der allgemeinen Treuepflicht folgt unbestritten, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber während der Dauer des Ar-

---

1) vgl. Schweingruber, Arbeitsvertrag, N. 4 zu 321 c OR
2) Entscheid vom 6. Dezember 1955 i.S. W. ca. B. SA.; vgl. BGE 86 II 156 = Praxis 49, Nr. 164
3) vgl. Schenk, S. 51; Raaflaub, S. 32 ff.; BGE 86 II 156 = Praxis 49, Nr. 164; Streiff, N. 5 zu 321 c OR

beitsverhältnisses keine Konkurrenz machen darf.[1] Ausdrücklich untersagt ist ihm lediglich die sogenannte Schwarzarbeit, d.h. die den Arbeitgeber konkurrenzierende Leistung von Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten (321 a III OR). Das Konkurrenzverbot als solches ist umfassender und erstreckt sich auf jede Tätigkeit, die zu Erwerbszwecken erfolgt und den Arbeitgeber konkurrenziert. Dem Arbeitnehmer ist es deshalb auch untersagt, auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem Arbeitgeber in Wettbewerb steht, oder sich an einem solchen zu beteiligen.[2] Das Konkurrenzverbot kann vertraglich beliebig eingeschränkt oder, im Rahmen von 19 OR / 27 ZGB, erweitert werden.[3]

Für den leitenden Arbeitnehmer ist das Bedürfnis nach einem Konkurrenzverbot besonders ausgeprägt, da er durch seine vertragliche Tätigkeit regelmässig Einblick in den Gang der Geschäfte erlangt und sich dadurch unternehmensinterne Vorgänge für eine Konkurrenz zu Nutzen machen kann. An ihn sind deshalb auch bezüglich des Konkurrenzverbotes strengere Anforderungen zu stellen als an untergeordnete Arbeitnehmer.[4] Für den Umfang des Konkurrenzverbotes ist die Gesamtkonzeption des einzelnen Vertragsverhältnisses massgebend. Schon vor der Aufnahme des Schwarzarbeitsverbotes in das Dienst-

---

1) vgl. Raaflaub, S. 41 ff.; Botschaft Arbeitsvertrag, S. 300 f.; Guhl/Merz/Kummer, S. 409 f.
2) Unvereinbar mit dem Konkurrenzverbot ist die Mitgliedschaft in einer konkurrenzierenden einfachen Gesellschaft, Kollektivgesellschaft oder Kommanditgesellschaft. Ebenso ist die Tätigkeit als geschäftsführendes Organ einer AG, GmbH, Kommanditaktiengesellschaft oder Genossenschaft untersagt. Zulässig ist es dagegen, Aktionär eines Konkurrenzunternehmens zu sein, wenn dieses nicht massgebend beeinflusst wird.
3) 340 ff. OR finden keine Anwendung; vgl. Raaflaub, S. 40; a.M. Gautschi, N. 5/6 zu 464 OR
4) vgl. Raaflaub, S. 48

vertragsrecht im Jahre 1964[1] hatte der Gesetzgeber die kaufmännischen Geschäftsführer in 464 OR einem gesetzlichen Konkurrenzverbot unterstellt. Danach dürfen Prokuristen sowie Handlungsbevollmächtigte, die zum Betrieb des ganzen Gewerbes bestellt sind oder zum Geschäftsherrn in einem Arbeitsverhältnis stehen, ohne dessen Einwilligung weder für eigene noch für Rechnung Dritter Geschäfte machen, die zum Geschäftszweig des Geschäftsherrn gehören.[2]

Der Umfang des Konkurrenzverbotes nach 464 OR ist umstritten. Nach Knoepfel[3] und Wagner[4] ist jede Tätigkeit untersagt, die den Interessen des Geschäftsherrn abträglich sein könnte. Nach Gautschi[5] bleibt das Konkurrenzverbot beschränkt auf den Abschluss einzelner Konkurrenzgeschäfte auf eigene Rechnung und den Betrieb eines Konkurrenzunternehmens als Geschäftsinhaber sowie auf die Rechtsgeschäftsbesorgung für Konkurrenten des Geschäftsherrn. Danach wäre es beispielsweise dem Prokuristen erlaubt, die Buchhaltung eines Konkurrenzunternehmens zu besorgen, wenn er nur keine Rechtsgeschäfte für dieses abschliesst. Durch formlose Abrede kann das Konkurrenzverbot beliebig eingeschränkt oder, im Rahmen von 19 OR / 27 ZGB, erweitert werden.[6] Für den Geschäftsführer, der seine Tätigkeit auf der Grundlage eines Arbeitsvertrages ausübt, ist die Kontroverse um den gesetzlichen

---

1) 328 I altes OR, der im wesentlichen der heutigen Regelung von 321 a III OR entsprach, war durch 64 ArG in das Dienstvertragsrecht eingefügt worden.
2) vgl. Knoepfel, S. 71 ff.; Wagner, S. 49 ff.; Oser/Schönenberger, Kommentar zu 464 OR; Gautschi, Kommentar zu 464 OR
3) Knoepfel, S. 72
4) Wagner, S. 52
5) Gautschi, N. 5 zu 464 OR
6) vgl. Wagner, S. 54; Oser/Schönenberger, N. 6 zu 464 OR; a.M. Gautschi, N. 5 b zu 464 OR, wonach eine Verschärfung des Konkurrenzverbotes nur durch eine ausdrückliche schriftliche Vertragsabrede im Sinne von 340 ff. OR möglich ist.

Umfang des Konkurrenzverbotes unerheblich, da er kumulativ dem Konkurrenzverbot nach 464 OR und demjenigen des Arbeitsvertragsrechtes untersteht und letzteres auch tatsächliche Dienstleistungen für eine Konkurrenzfirma umfasst.

Bei der Uebertretung des Konkurrenzverbotes kann der Arbeitgeber und Geschäftsherr sowohl nach dem Arbeitsvertragsrecht als auch nach dem Recht der kaufmännischen Geschäftsführung Ersatz des verursachten Schadens fordern[1] und nach den kantonalen Vollstreckungsvorschriften auf Unterlassung der verbotenen Konkurrenztätigkeit klagen.[2] Hat der Arbeitnehmer auf eigene oder fremde Rechnung den Arbeitgeber konkurrenzierende Geschäfte getätigt, steht diesem zusätzlich zum Schadenersatzanspruch das Eintrittsrecht nach 464 II OR zu.[3] Die Missachtung des Konkurrenzverbotes kann den Arbeitgeber zudem zur fristlosen Entlassung des leitenden Arbeitnehmers aus wichtigen Gründen nach 337 OR berechtigen.[4] In schwerwiegenden Fällen kann sich der leitende Arbeitnehmer durch die Verletzung des Konkurrenzverbotes sogar strafbar machen. In Betracht kommen vor allem die Tatbestände der ungetreuen Geschäftsführung (159 StGB), des unlauteren Wettbewerbs (13 UWG) und der Verletzung des Fabrikations- oder Geschäfts-

---

1) vgl. Raaflaub, S. 55 f.; Knoepfel, S. 73; Wagner, S. 56; Oser/Schönenberger, N. 9 zu 464 OR; Gautschi, N. 7 zu 464 OR
Im Gegensatz zur herrschenden Meinung kann nach Gautschi auf Grund von 464 II OR nicht das positive, sondern nur das negative Vertragsinteresse geltend gemacht werden.

2) vgl. Raaflaub, S. 56; Wagner, S. 57; Knoepfel, S. 73; Oser/Schönenberger, N. 11 zu 464 OR; a.M. Gautschi, N. 8 d zu 464 OR

3) vgl. Wagner, S. 55 f.; Knoepfel, S. 73; Oser/Schönenberger, N. 8 zu 464 OR; Gautschi, N. 8 zu 464 OR; Raaflaub, S. 54 f.

4) vgl. Raaflaub, S. 57 f.; Oser/Schönenberger, N. 11 zu 464 OR; Wagner, S. 57; Knoepfel, S. 73; Gautschi, N. 8 d zu 464 OR

geheimnisses (162 StGB).[1]

Ueber ein Konkurrenzverbot für die geschäftsführenden Organe der Aktiengesellschaft äussert sich das Gesetz nicht. Dennoch nimmt die herrschende Auffassung zumindest für die Dauer der Geschäftsführungstätigkeit ein Konkurrenzverbot an. Dabei werden die für das Konkurrenzverbot der Kollektivgesellschafter geltenden Normen (561 OR) angewandt.[2] Dementsprechend ist es den Geschäftsführungsorganen untersagt, im Geschäftszweig der Gesellschaft auf eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu machen oder sich an einem andern Unternehmen als unbeschränkt haftender Gesellschafter, als Kommanditär oder als Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu beteiligen. Durch Abrede kann das Konkurrenzverbot gemildert oder verschärft (19 OR / 27 ZGB) werden. Bei der Verletzung dieses Konkurrenzverbotes greifen im wesentlichen die gleichen Sanktionen Platz wie bei der Verletzung des Konkurrenzverbotes nach 464 OR.[3] Das Konkurrenzverbot des Direktors wird zusätzlich nach den diesbezüglichen Regeln des Arbeitsvertragsrechtes beurteilt. Dabei ist der Umfang des arbeitsvertragsrechtlichen Konkurrenzverbotes grösser als derjenige des gesellschaftsrechtlichen Konkurrenzverbotes, da er auch rein tatsächliche Dienstleistungen für ein Konkurrenzunternehmen umfasst. Um Unklarheiten auszuschliessen, dürfte es in den meisten Fällen zweckmässig sein, das Konkurrenzverbot in einem Reglement oder im Anstellungsvertrag näher zu umschreiben.[4]

---

1) vgl. Raaflaub, S. 58; Gautschi, N. 5 a zu 464 OR
2) vgl. Bürgi, N. 9 zu 722 OR; Meier-Wehrli, S. 33; Schulthess, S. 53
3) vgl. Siegwart, Kommentar zu 561 OR
4) vgl. Bürgi, N. 9 zu 722 OR; Schulthess, S. 53

V. Die Nebenbeschäftigung des leitenden Arbeitnehmers

Aus der allgemeinen Treuepflicht ergeben sich für den Arbeitnehmer für die Dauer des Arbeitsverhältnisses über das Konkurrenzverbot hinaus gewisse Beschränkungen in der Ausübung einer Nebenbeschäftigung. Allgemein findet diese ihre Grenzen in den schutzwürdigen Interessen des Arbeitgebers. Es verstösst beispielsweise gegen die Treuepflicht, wenn der Arbeitnehmer infolge einer Nebenbeschäftigung in seiner Leistungsfähigkeit beeinträchtigt ist und deshalb seine Arbeitspflicht nicht voll erfüllen kann.[1]

Für den leitenden Arbeitnehmer ist die Möglichkeit einer Nebenbeschäftigung praktisch kaum gegeben, da seine berufliche Tätigkeit meist auch einen erheblichen Teil seiner Freizeit beansprucht. Die Ausübung einer nebenberuflichen Tätigkeit wird deshalb im Anstellungsvertrag oder in einem Reglement oft ganz oder teilweise ausgeschlossen oder von der vorherigen Zustimmung des Arbeitgebers abhängig gemacht.[2] Fehlen diesbezügliche Regelungen, so kann sich die Frage nach der Zulässigkeit einer Nebenbeschäftigung stellen. Unvereinbar mit der Stellung eines leitenden Arbeitnehmers ist regelmässig eine Nebentätigkeit in einem festen Anstellungsverhältnis.[3] Eine nebenberufliche Tätigkeit als freier Mitarbeiter in einem oder mehreren Unternehmen oder als Selbständiger bedarf der Zustimmung des Arbeitgebers.[4] Dasselbe gilt für eine Tätigkeit als Mitglied einer Kollektivgesellschaft, Kommanditgesellschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung sowie als Mitglied des Verwaltungsrates einer

---

1) vgl. Botschaft Arbeitsvertrag, S. 301
2) vgl. Felber, S. 35 f.; Grüll, S. 244
3) vgl. Grüll, S. 245
4) vgl. Grüll, S. 245 f.

Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft.[1]

Auf Grund seiner besonderen Sachkunde und Erfahrungen wird der leitende Arbeitnehmer häufig gebeten, sich in der Oeffentlichkeit durch Vorträge oder durch Publikationen zu bestimmten, in sein Aufgabengebiet fallenden Problemen zu äussern. Da in solchen Fällen immer die Gefahr besteht, dass dadurch die Interessen des Arbeitgebers in irgendeiner Form berührt werden, ist der leitende Arbeitnehmer gehalten, den Arbeitgeber vorgängig zu unterrichten und seine Zustimmung zur Veröffentlichung einzuholen.[2]

VI. Die Geheimhaltungspflicht des leitenden Arbeitnehmers

Eine weitere Folge der allgemeinen Treuepflicht ist die Verschwiegenheits- oder Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers. Nach 321 a IV OR darf er geheim zu haltende Tatsachen, von denen er im Dienste des Arbeitgebers Kenntnis erlangt, während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht verwerten oder anderen mitteilen.[3] Geheim zu halten sind namentlich Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse.[4] Darüber hinaus erstreckt sich die Geheimhaltungspflicht auf alle Tatsachen, die der Arbeitgeber ausdrücklich oder nach den Umständen erkennbar geheim gehalten wissen will, soweit diese nicht offenkundig oder allgemein zugänglich sind.[5] Auch nach der Auflösung des

---

1) vgl. Grüll, S. 246 f.
2) vgl. Grüll, S. 247 f.
3) vgl. Raaflaub, S. 58 ff.; Botschaft Arbeitsvertrag, S. 301 f.; Oser/Schönenberger, N. 32 zu 319 OR; Becker, N. 7 zu 326 OR
4) Zum Begriff des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses Haefliger Arthur, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 429, Bern 1975, S. 34 f.
5) vgl. Botschaft Arbeitsvertrag, S. 302; Raaflaub, S. 62 f.

Arbeitsverhältnisses bleibt der Arbeitnehmer zur Verschwiegenheit verpflichtet, jedoch nur noch soweit dies zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist (321 a IV OR).[1] Auf Grund seiner besonderen Vertrauensstellung trifft den leitenden Arbeitnehmer über die Geheimhaltungspflicht nach 321 a IV OR hinaus die Verpflichtung zu erhöhter Verschwiegenheit.[2]

Die Mitglieder der geschäftsführenden Organe einer Aktiengesellschaft unterliegen nach herrschender Meinung einer Geheimhaltungspflicht, die inhaltlich nach den das Berufsgeheimnis betreffenden Regeln bestimmt wird. Sie haben grundsätzlich alle Angelegenheiten der Gesellschaft geheim zu halten, die ihnen aus ihrer Amtstätigkeit bekannt und nicht allgemein zugänglich sind.[3] Diese Geheimhaltungspflicht besteht nach herrschender Meinung auch nach der Beendigung des Amtes weiter.[4] Für den arbeitsvertraglich gebundenen Direktor kann dies aber nur im Rahmen der ausdrücklichen Regelung von 321 a IV OR gelten. Auch er soll als Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsvertragsrechtes die beruflichen Erfahrungen, die er in einer Stellung sammelt, nach Beendigung

---

1) vgl. Raaflaub, S. 24, S. 63 ff.; Wohlmann, S. 69; Oser/Schönenberger, N. 32 zu 319 OR; abweichend noch Gysin Arnold, Arbeitsrecht, Zürich 1943, S. 56 f.
Schwierigkeiten kann die Abgrenzung der Geheimhaltungspflicht nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses vom Konkurrenzverbot nach 340 ff. OR bieten. Die Geheimhaltungspflicht muss ihre Grenzen dort finden, wo sie zu einer Umgehung der in 340 ff. OR zu Gunsten des Arbeitnehmers aufgestellten Schutzvorschriften führt.
vgl. Schweingruber, Arbeitsvertrag, N. 5 zu 321 a OR, N. 4 zu 340 OR; Haefliger, S. 14 ff.; Guhl/Merz/Kummer, S. 410; Raaflaub, S. 64 f., Gysin , S. 56 f.
2) Grüll, S. 243
3) vgl. Bürgi, N. 11/12 zu 722 OR; Schulthess, S. 52 f.; Meier-Wehrli, S. 33; Funk, N. 1 zu 722 OR; Gautschi, N. 13 ff. zu 398 OR
4) vgl. Bürgi, N. 11 zu 722 OR; Funk, N. 1 zu 722 OR; Schucany, N. 1 zu 722 OR; Schulthess, S. 52

des Anstellungsverhältnisses bis zu einem gewissen Grade verwerten können, auch wenn er dadurch seinen früheren Arbeitgeber schädigt. Was im einzelnen in die Berufserfahrung eingeht und was Geheimnis bleibt, muss von Fall zu Fall entschieden werden.[1]

In der Praxis kommt der Geheimhaltungspflicht beim leitenden Arbeitnehmer eine grosse Bedeutung zu. Sie wird deshalb nicht selten im Anstellungsvertrag oder in einem Reglement ausdrücklich geregelt.[2]

Bei Verletzung der Geheimhaltungspflicht kann der Arbeitgeber Ersatz des verursachten Schadens fordern und nach den kantonalen Vollstreckungsvorschriften einen Anspruch auf Unterlassung geltend machen. Da die Verletzung der Geheimhaltungspflicht durch den leitenden Arbeitnehmer in der Regel einen groben Vertrauensbruch darstellt, kann auch ein wichtiger Grund zur fristlosen Auflösung des Anstellungsverhältnisses gegeben sein. Zudem kann der Straftatbestand der Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses (162 StGB) erfüllt sein.[3]

VII. Das ausserdienstliche Verhalten des leitenden Arbeitnehmers

Es ist davon auszugehen, dass das Privatleben des Arbeitnehmers im allgemeinen dem Einflussbereich des Arbeitgebers entzogen ist. Bei der Würdigung des ausserdienstlichen Verhaltens des Arbeitnehmers unter dem Gesichtspunkt der ar-

---

1) vgl. Haefliger, S. 35 f.
2) vgl. Grüll, S. 243; Eigenmann, S. 49
3) 321 StGB (Verletzung des Berufsgeheimnisses) kann nicht zur Anwendung kommen, da die Ziff. 1 der Bestimmung die in Betracht kommenden Berufe abschliessend aufzählt.

beitsvertraglichen Treuepflicht ist deshalb Zurückhaltung zu üben. Ausnahmsweise kann aber die Treuepflicht dann Auswirkungen auf das Privatleben haben, wenn sich die privaten nicht ohne weiteres von den dienstlichen Funktionen trennen lassen. Dies trifft in der Regel auf den leitenden Arbeitnehmer zu, indem dieser auch im Privatleben als Repräsentant des Unternehmens, für das er tätig ist, betrachtet wird. Von ihm wird deshalb verlangt, dass er ein Privatleben führt, das sich mit seiner beruflichen Stellung vereinbaren lässt. Unvereinbar damit sind beispielsweise ungeordnete finanzielle Verhältnisse oder Bestrafungen wegen Vermögensdelikten. Diese und ähnliche Sachverhalte können das Vertrauen des Arbeitgebers in den leitenden Arbeitnehmer derart erschüttern, dass ihm die Fortsetzung des Anstellungsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann.[1]

---

1) Raaflaub, S. 23 f., S. 91 f.; Rehbinder, S. 44

§ 14 DIE SORGFALTSPFLICHT DES LEITENDEN ARBEITNEHMERS

I. Allgemeines

Neben der allgemeinen Treuepflicht ist die Sorgfaltspflicht eine weitere Grundpflicht des (leitenden) Arbeitnehmers im Anstellungsverhältnis. Das Gesetz nennt beide Pflichten zusammen in einem Artikel (321 a I OR), woraus ersichtlich ist, dass zwischen beiden ein enger Zusammenhang besteht: je enger sich das Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien gestaltet, desto grössere Anforderungen kann der Arbeitgeber in der Regel an die Sorgfaltspflicht des Arbeitnehmers stellen. Die Frage nach dem Mass der zumutbaren Sorgfalt stellt sich vor allem im Zusammenhang mit der Haftung des Arbeitnehmers für dem Arbeitgeber zugefügten Schaden. Die Sorgfaltspflicht ist deshalb im folgenden nicht isoliert, sondern im Kontext der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber zu behandeln.

II. Arbeitsvertragsrecht

Erfüllt der Arbeitnehmer seine vertraglichen Verpflichtungen mangelhaft, kann der Arbeitgeber Ersatz des durch die Schlechterfüllung entstandenen Schadens verlangen (97 ff. OR/ 321 e I OR). Voraussetzung dazu ist, dass der Arbeitnehmer den Schaden verschuldet hat. Abreden, die eine Haftung ohne Rücksicht auf Verschulden vorsehen, sind deshalb nichtig (362 OR). Umgekehrt kann die Haftung für leichtes Verschulden wegbedungen werden (100 I OR). Die Haftung des Arbeitnehmers für Fahrlässigkeit wird durch die beschränkt subjektive Umschreibung seiner Sorgfaltspflicht in 321 e II OR gemildert. Danach bestimmt sich das Mass der Sorgfalt, für das der Arbeitnehmer einzustehen hat, 'nach dem einzelnen Vertragsver-

hältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zur Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber kannte oder hätte kennen sollen.'[1] Im übrigen bestimmt sich der Umfang des Schadenersatzes nach den Regeln des allgemeinen Schadenersatzrechtes in 43/44 OR.[2]

Soweit keine besonderen auftrags- oder gesellschaftsrechtlichen Regeln anzuwenden sind, beurteilen sich auch die Pflichtverletzungen des leitenden Arbeitnehmers nach 321 e OR. Dabei lassen die qualifizierte Tätigkeit, die überdurchschnittliche Ausbildung, die umfassenden Berufskenntnisse, die besondere Vertrauensstellung und der überdurchschnittliche Lohn in der Regel strenge Anforderungen an seine Sorgfaltspflicht stellen.[3] Andererseits stellt sich die Frage, ob das ihm zumutbare Mass an Sorgfalt nicht unter dem Gesichtspunkt des 'Berufsrisikos' herabzusetzen ist;[4] die Eigenart seiner beruflichen Tätigkeit bringt es mit sich, dass ihm auch bei gewissenhafter Arbeit Fehler unterlaufen können, die zwar vermeidbar waren, mit denen aber auf Grund der menschlichen Unzulänglichkeit gerechnet werden musste.

---

1) vgl. dazu Schweingruber, Arbeitsvertrag, Kommentar zu 321 e OR
2) vgl. 99 III OR; Izveren Adil, Sorgfaltshaftung und Schadenersatzpflicht im Dienstvertragsrecht, Diss. Zürich 1952, S. 133; Miescher Beat, Die Folgen nicht vertragsgemässer Arbeitsleistung nach dem Dienstvertragsrecht und nach den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts, Diss. Bern, 1968, S. 93; Praxis 60/1971, N. 210, S. 680
3) vgl. Raaflaub, S. 29; Praxis 60/1971, Nr. 210, S. 675; Izveren, S. 44ff., S. 50 ff., S. 89 f.; Schumacher Jost, Der Vertragsbruch nach dem neuen Arbeitsvertragsrecht, Diss. Bern 1974, S. 93; Neuenschwander Markus, Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1971, S. 30 ff.
4) Zum 'Berufsrisiko' im allgemeinen Schweingruber, Arbeitsvertrag, N. 4 zu 321 e OR

Dennoch kann er in der Regel nicht mit einer Minderung seiner Haftung wegen 'schadensgeneigter' Arbeit rechnen. Dies vor allem deshalb, weil es im Wesen jeder leitenden Tätigkeit liegt, dass sie mit einer über das allgemeine Mass hinausgehenden, besonderen Verantwortung verbunden ist. Dazu kommt, dass die besondere Verantwortung des leitenden Arbeitnehmers in der Regel einen Ausgleich in einem entsprechend höheren Gehalt findet; insoweit erhält er seine grössere Verantwortung mitentschädigt.[1]

Die Verletzung der (objektiven) Sorgfaltspflicht kann dem leitenden Arbeitnehmer im Einzelfall insofern nicht zur Last gelegt werden, als der Arbeitgeber weiss oder wissen sollte, dass jener den Anforderungen seiner Aufgaben nicht voll gewachsen ist.[2] Der Arbeitgeber ist deshalb gehalten, bei der Einstellung des leitenden Arbeitnehmers Erkundigungen über dessen Fähigkeiten und Eigenschaften einzuholen. Dabei hat er sich durch die Grundsätze von Treu und Glauben und durch die Regeln des Verkehrs leiten zu lassen.[3]

Mit dem Abschluss des Anstellungsvertrages unterzieht sich der leitende Arbeitnehmer einer gewissen Gewährleistungspflicht für alle zur Leistung der zugesagten Arbeit erforderlichen Fähigkeiten und Eigenschaften. Tritt er eine Stelle an, deren Anforderungen er nicht gewachen ist, verletzt er seine Sorgfaltspflicht und wird, vorausgesetzt, dass auch die übrigen Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind, dem Arbeitgeber ersatzpflichtig.[4] Erfüllt er die Minimalanforderungen nicht, die der Arbeitgeber bei einer Stelle gleicher Art von jedem Stelleninhaber erwarten darf und ist eine spätere Ver-

---

1) Grüll, S. 198
2) vgl. Izveren, S. 64 ff., S. 87 f.
3) vgl. Izveren, S. 67 ff.
4) vgl. Izveren, S. 30 f., S. 42 f., S. 65 f., S. 76

besserung unwahrscheinlich, kann zudem ein wichtiger Grund für seine fristlose Entlassung gegeben sein.[1] Die berufliche Unfähigkeit stellt in jenen Fällen keinen wichtigen Grund zur fristlosen Entlassung dar, wenn es der Arbeitgeber unterlassen hat, bei der Einstellung des leitenden Arbeitnehmers Erkundigungen über dessen Fähigkeiten und Eigenschaften einzuholen und wenn feststeht, dass der Anstellungsvertrag bei Vorkehr einer solchen Vorsichtsmassnahme nicht geschlossen worden wäre.[2]

III. Auftragsrecht

Nach Gautschi haften die zur Geschäftsführung berufenen Organe juristischer Personen, die geschäftsführenden Gesellschafter und die Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten für ihre Geschäftsführung nach Auftragsrecht, soweit nicht, wie bei der Aktiengesellschaft und der Genossenschaft, besondere Verantwortlichkeitsnormen bestehen.[3]

Der Beauftragte haftet dem Geschäftsherrn für getreue und sorgfältige Ausführung der ihm übertragenen Geschäfte (398 II OR). Er hat im allgemeinen für die gleiche Sorgfalt einzustehen wie der Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag (398 I OR). Es besteht jedoch die Tendenz, in dieser Beziehung beim Auftrag eher strengere Grundsätze anzuwenden als beim Ar-

---

1) vgl. Praxis 60/1971, Nr. 210, S. 675 f.; Becker, N. 23 zu 352 OR; Izveren, S. 137 ff.; a.M. Rehbinder, S. 47
Ausgeschlossen ist die Geltendmachung eines Grundlagenirrtums nach 23/24 I Ziff. 1 OR. vgl. von Tuhr/Siegwart, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Erster Halbband, 2. ergänzte Auflage, Zürich 1942, S. 277 f.; Funk Fritz, Handkommentar zum Obligationenrecht, Aarau 1928, N. 9 zu 24 OR; a.M. Izveren, S. 71 f.
2) Praxis 60/1971, Nr. 210, S. 677
3) Gautschi, N. 5 zu 458 OR

beitsvertrag.[1]

IV. Aktienrecht

Nach 754 I OR sind alle mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen einer Aktiengesellschaft sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten verursachen. Als mit der Geschäftsführung betraut gelten dabei nicht nur Verwaltungsräte, Delegierte und Direktoren, sondern auch Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte und weitere Arbeitnehmer, wenn sie für die Gesellschaft wesentliche Aufgaben wahrnehmen und selbständig Entscheidungen zu treffen haben.[2] Haftungsvoraussetzung ist der Nachweis eines Schadens, einer Pflichtverletzung, des Kausalzusammenhanges zwischen Pflichtverletzung und Schaden sowie eines Verschuldens.[3] Die Haftung besteht für jedes Verschulden. Haftungsmildernde Absprachen sind unerheblich,

---

1) vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 432
2) vgl. oben § 2 IV.B.1.
3) vgl. Zellweger Hans Jakob, Haftungsbeschränkung und Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der AG, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 413, Bern 1972, S. 26 ff.; Meier-Wehrli, S. 77 ff.; Felber, S. 71 ff. Das Aktienrecht unterscheidet zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden. Die Unterscheidung ist bedeutsam, weil der Anspruch des Aktionärs und des Gläubigers aus mittelbarem Schaden nur auf Leistung an die Gesellschaft selbst geht (755 OR). vgl. Zellweger, S. 21, S. 26; Meier-Wehrli, S. 51 ff.; Felber, S. 71 f. Der Ersatzanspruch der Gesellschaft selbst gilt als vertraglicher Anspruch. Die Gesellschaft hat deshalb nach 97 OR nur den Schaden, die Pflichtverletzung und den Kausalzusammenhang zu beweisen, während das Verschulden vermutet wird. Die Aktionäre und die Gläubiger trifft dagegen die Beweislast nach 41 OR. vgl. Zellweger, S. 26; Meier-Wehrli, S. 47 ff.; Felber, S. 72 f.

da die aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen nach herrschender Meinung zwingender Natur sind.[1]

Die mit der Geschäftsführung betrauten Personen haben die ihnen durch Gesetz, Statuten, Reglement oder besondere Vereinbarung übertragenen Aufgaben mit aller Sorgfalt auszuführen (722 I OR). Diese allgemeine Sorgfaltspflicht steht in engem Zusammenhang mit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit: ihre Verletzung stellt das nach 754 I OR haftungsbegründende Verschulden dar. Ueber das Mass der verlangten Sorgfalt gibt das Gesetz selbst keinen unmittelbaren Aufschluss. Es richtet sich nach den konkreten Aufgaben des einzelnen Geschäftsführers, die ihrerseits durch den Zweck, die Grösse und die Organisation der Gesellschaft bestimmt werden. Unabhängig davon, wie weit diese Aufgaben im einzelnen reichen, ist jedoch immer ein strenger, objektiver Massstab anzulegen. Wegleitend ist dabei die Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmannes. Mangelhafte Ausbildung und berufliche Unerfahrenheit stellen deshalb in der Regel keine Exkulpationsgründe dar.[2] Eine weitere Härte des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrechts liegt in der solidarischen Haftung, die Platz greift, wenn mehrere Personen für denselben Schaden verantwortlich sind (759 OR).[3] Diese Solidarhaftung hat zur Folge dass jede

---

1) vgl. Zellweger, S. 37; Meier-Wehrli, S. 29; Felber, S. 77; Bürgi, N. 7 zu 722 OR

2) vgl. Zellweger, S. 28 f., S. 37; Meier-Wehrli, S. 30 ff.; Schulthess, S. 50 ff.; Bürgi, N. 3/7 zu 722 OR; Felber, S. 73, S. 77; Meyer, S. 89; Funk, N. 5 zu 754 OR

3) Ebenso haften kollektivhandlungsberechtigte Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte, die sich am Abschluss oder an der Abwicklung eines Geschäftes beteiligt haben, dem Geschäftsherrn für Schaden aus schuldhafter Pflichtverletzung solidarisch. Dabei ist unerheblich, ob sich die Haftung beider aus Vertrag herleitet oder ob sich die Haftung des einen aus Gesellschaftsrecht (754 OR) und diejenige des andern aus Vertrag (321 e/398 OR) ergibt. Gautschi, N. 8 zu 460 OR

verantwortliche Person für den Ersatz des ganzen von ihr mitverursachten Schadens einzustehen hat und sich nicht darauf berufen kann, lediglich eine Teilursache gesetzt zu haben. Darüber hinaus bewirkt sie nach herrschender Meinung und Praxis, dass der einzelne Verantwortliche die Ersatzbemessungs- und Reduktionsgründe des allgemeinen Schadenersatzrechts (43/44 OR) im Verhältnis zum Kläger nur beschränkt geltend machen kann. So wird ausgeführt, dass namentlich der Grad des Verschuldens ohne Einfluss bleibt, indem derjenige, dessen Verantwortlichkeit nachgewiesen ist, auch zugleich für den gesamten überhaupt verursachten Schaden haftet, unabhängig davon, ob ihm selbst nur leichte Fahrlässigkeit zur Last gelegt wird und ob daneben ein anderer Verantwortlicher den Schaden absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat. Verschiedene Grade des Verschuldens wirken sich erst im Regressverhältnis der Solidarschuldner aus.[1]

Die aktienrechtliche Sorgfaltspflicht beurteilt sich nach objektiven Massstäben. Im Gegensatz dazu bestimmt sich die Sorgfaltspflicht des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis auch nach subjektiven Kriterien, was zu einer Milderung der Haftung führt. Für den arbeitsvertraglich gebundenen Direktor stellt sich deshalb die Frage, ob seine strenge aktienrechtliche Verantwortlichkeit in Anwendung von 321 e II OR gemildert werden kann. Bei der Beantwortung der Frage ist davon auszugehen, dass das Arbeitsvertragsrecht im allgemeinen nur so weit herangezogen werden kann, als das Aktienrecht keine eigene Regelung enthält. Das Aktienrecht aber stellt an die Sorgfaltspflicht strengere Anforderungen als das Arbeitsvertragsrecht. Theorie und Praxis lehnen deshalb eine subjektive Beurteilung der Sorgfaltspflicht des Direktors mehrheitlich ab.[2]

---

1) Zellweger, S. 39 ff; auch Meier-Wehrli, S. 39 ff.
2) Zellweger, S. 29, S. 36 f. und dort Zitierte; a.M. Bär

Für den Direktor stellt sich die Frage, wie weit er sich durch Berufung auf eine Anordnung einer übergeordneten Stelle von seiner Haftung befreien kann. Die Lehre gibt darauf keine einheitliche Antwort. Es ist aber davon auszugehen, dass er den erhaltenen Weisungen nicht blindlings folgen darf, da er vor allem der Gesellschaft selber zur Treue verpflichtet ist. Seine Haftung ist deshalb dann gegeben, wenn er nicht alles unternommen hat, um eine pflichtwidrige Anordnung einer übergeordneten Stelle zu beseitigen.[1]

Der Direktor hat entsprechend dem Verwaltungsratsmitglied Anspruch auf Entlastung durch die Generalversammlung (698 II Ziff. 4 OR).[2] Die Einrede der Entlastung wird jedoch nur ausnahmsweise einen Schutz gegen eine Verantwortlichkeitsklage darstellen, da sich die Entlastung nach Doktrin und Praxis nur auf jene Geschäfte und Tatsachen bezieht, die den Aktionären zur Zeit der Beschlussfassung bekannt waren oder nach Treu und Glaube bekannt sein durften.[3]

Rolf, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, Probleme bei einer Mehrheit von verantwortlichen Personen, in: ZBJV 106/1970, S. 463; Kreis Willy, Die Haftung der Organe juristischer Personen nach schweizerischem Privatrecht, Diss. Zürich 1936, S. 62, befürwortet die Anwendung von 321 e II OR wenigstens im Verhältnis zwischen Organträger und Gesellschaft.

1) So Zellweger, S. 31 ff., S. 84; Meier-Wehrli, S. 37 f.; teilweise abweichend Felber, S. 72; Vischer, S. 359; Meyer, S. 54

2) vgl. Meier-Wehrli, S. 120 f.; Felber, S. 78 f., erachtet es als möglich, dass der Verwaltungsrat den Mitgliedern der Direktion Décharge erteilt.

3) vgl. Zellweger, S. 30 f.; Meier-Wehrli, S. 120 ff.

§ 15 Exkurs: DIE STRAFRECHTLICHE VERANTWORTLICHKEIT DES LEITENDEN ARBEITNEHMERS

Der leitende Arbeitnehmer kann in Ausübung seiner beruflichen Funktionen nicht nur zivil- sondern auch strafrechtlich verantwortlich gemacht werden. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit ist diesbezüglich lediglich ein Hinweis auf die wichtigeren, den leitenden Arbeitnehmer berührenden strafrechtlichen Vorschriften möglich, ohne dass im einzelnen auf ihre Problematik eingegangen werden kann.

Für die im Betrieb einer juristischen Person oder Handelsgesellschaft begangenen strafbaren Handlungen haben grundsätzlich die sie leitenden natürlichen Personen einzustehen. Dabei ist der Kreis der verantwortlichen Personen weiter als derjenige, welcher durch den privatrechtlichen Begriff des Organs gezogen wird. Er schliesst alle Personen ein, die im Rahmen der Geschäftstätigkeit eine selbständige Entscheidungsbefugnis haben.[1]

Von den im Strafgesetzbuch verankerten Straftatbeständen können für den leitenden Arbeitnehmer vor allem 166 StGB (Unterlassung der Buchführung), 325 StGB (Ordnungswidrige Führung der Geschäftsbücher), 163 StGB (Betrügerischer Konkurs), 148 StGB (Betrug), 152 StGB (Unwahre Angaben über Handelsgesellschaften und Genossenschaften), 251 StGB (Urkundenfälschung), 253 StGB (Erschleichung einer falschen Beurkundung), 254 StGB (Unterdrückung von Urkunden), 153 StGB (Warenfälschung) und 154 StGB (Inverkehrbringen gefälschter Waren) von Bedeutung sein. 159 StGB (Ungetreue

---

1) vgl. 172 und 326 StGB; Praxis 63/1974, Nr. 182; Schultz Hans, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Bd. I, Bern 1973, S. 224 f.

Geschäftsführung) und 162 StGB (Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses) wurden schon bei der Behandlung der Treuepflicht des leitenden Arbeitnehmers erwähnt.

Besondere zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeiten bestehen gegenüber dem Fiskus.[1]

Weitere für den leitenden Arbeitnehmer wichtige Strafbestimmungen enthalten das Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern und das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb.[2]

Abschliessend ist auf die Strafbestimmungen des Arbeitsgesetzes hinzuweisen (59 ff. ArG). Danach macht sich der Arbeitgeber strafbar, wenn er bestimmten Vorschriften des Gesetzes oder einer zugehörigen Verordnung absichtlich oder fahrlässig zuwiderhandelt (59 I ArG). Macht sich im Betrieb einer Einzelfirma eine vom Arbeitgeber mit der Leitung des Betriebes betraute Person einer Widerhandlung schuldig, ist diese Person strafbar (59 II ArG). Auf Grund dieser Bestimmung wurden beispielsweise ein Abteilungsleiter, ein Personalchef, ein Werkmeister und ein Chefmechaniker bestraft.[3] Bei Widerhandlungen im Betrieb einer juristischen Person oder einer Handelsgesellschaft sind diejenigen Personen strafbar, welche für die Gesellschaft gehandelt haben oder hätten handeln sollen (59 III ArG). In erster Linie handelt es sich dabei um die zivilrechtlichen Organe, dann aber auch um 'Betriebsleiter' im Sinne von 59 II ArG. In Anwendung von 59 III ArG wurden beispielsweise ein Direktor, ein Prokurist und ein Konsumverwalter bestraft.[4]

---

1) vgl. Felber, S. 56 ff.; Schenk Peter, Die Verantwortlichkeit in der Aktiengesellschaft, Zürich 1971, S. 31 ff.
2) vgl. die Uebersicht bei Schenk, Verantwortlichkeit, S. 28 ff.
3) vgl. Hug, Kommentar, N. 22 zu 59 ArG
4) vgl. Hug, Kommentar, N. 25 zu 59 ArG

§ 16 DIE KAUTION DES LEITENDEN ARBEITNEHMERS

Die Mitglieder des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft sind verpflichtet, für die Dauer ihres Amtes eine von den Statuten zu bestimmende Anzahl von Aktien der Gesellschaft an deren Sitz zu hinterlegen (709 OR). Diese 'Pflichtaktien' sollen der Gesellschaft, den Aktionären und den Gläubigern zur Sicherung allfälliger Ansprüche aus der Verantwortlichkeit der Mitglieder der Verwaltung dienen (710 II OR). Sie dürfen deshalb erst zurückgegeben werden, wenn dem Hinterleger Décharge erteilt worden ist (710 III OR).

Für die Geschäftsführer, die nicht dem Verwaltungsrat angehören, besteht keine gesetzliche Pflicht zur Hinterlegung von Aktien.[1] Direktoren, Prokuristen, aber auch Nichtzeichnungsberechtigte in besonderen Vertrauensstellungen, werden dagegen häufig im Anstellungsvertrag oder in einem Reglement in irgendeiner Form zur Stellung einer Kaution verpflichtet.[2] Direktoren haben diese nicht selten in der Form von Aktien der Arbeitgebergesellschaft selbst zu leisten.[3] Die Funktion derartiger 'Pflichtaktien' besteht oft weniger in der Sicherstellung allfälliger Verantwortlichkeitsansprüche als darin, das Interesse des Direktors am Wohlergehen der Gesellschaft zu intensivieren. Mit dem Aktienerwerb wird der Direktor gleichzeitig zur Teilnahme an der Generalversammlung und zur Anfechtungsklage nach 706 OR legitimiert.[4] Die Gesellschaft verpflichtet sich regelmässig, die hinterlegten Aktien zum

---

1) vgl. Felber, S. 37; Schulthess, S. 115
2) 330 OR; vgl. Felber, S. 37; Eigenmann, S. 67; Zimmermann S. 50; Schweingruber, Arbeitsvertrag, Kommentar zu 330 OR
3) vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 611; Felber, S. 37; Schulthess, S. 115 f.
4) vgl. Bürgi, N. 3 zu 709/710 OR; Felber, S. 37; Schulthess, S. 115 f.

Nominalwert oder zu einem bestimmten Kurs zu übernehmen, wenn der Direktor aus seiner Stellung ausscheiden sollte. Dabei empfiehlt es sich, den Zeitpunkt dieser Uebernahme durch schriftliche Abrede festzulegen.[1]

---

1) vgl. 330 II und 710 III OR; ferner Kaplan Ibrahim, Die Behandlung der Kaution nach neuem schweizerischem Arbeitsvertragsrecht, mit einem Blick auf das türkische Recht, Diss. Bern 1975

§ 17 DAS KONKURRENZVERBOT (340 OR)

Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses darf der Arbeitnehmer den Arbeitgeber von Gesetzes wegen nicht konkurrenzieren (321 a III OR). Dieses gesetzliche Konkurrenzverbot fällt mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses dahin.[1] Erfahrungsgemäss hat aber der Arbeitgeber bei bestimmten Arbeitnehmern ein erhebliches Interesse daran, dass sie ihm auch nach ihrem Ausscheiden aus dem Unternehmen keine Konkurrenz machen. Diesem Sachverhalt trägt das Gesetz in 340 ff. OR Rechnung. Danach kann sich der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber verpflichten, 'nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sich jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten, insbesondere weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem Arbeitgeber in Wettbewerb steht, noch in einem solchen Geschäft tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen' (340 I OR). Da eine solche 'Konkurrenzklausel' die Gefahr des Missbrauchs durch den Arbeitgeber in sich schliesst, hat der Gesetzgeber ihre Anwendung gegenüber den allgemeinen Grenzen der Vertragsfreiheit sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen als auch hinsichtlich der Wirkung in 340 ff. OR wesentlich eingeschränkt. Für die gültige Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes wird insbesondere vorausgesetzt, dass der Arbeitnehmer in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse des Arbeitgebers gewinnt und diesen durch die Verwendung dieser Kenntnisse erheblich schädigen könnte (340 II OR). Dies hat zur Folge, dass in der Regel nur höhere Arbeitnehmer einem Konkurrenzverbot unterstellt werden können, während ein solches für untergeordnete Arbeitnehmer ausgeschlossen ist.[2]

---

1) vgl. oben § 13 IV.
2) vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 410; Streiff, N. 9 zu 340 OR;

Das Konkurrenzverbot leitender Arbeitnehmer untersteht den Regeln des Arbeitsvertragsrechtes. Dies gilt insbesondere auch für Direktoren, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte.[1] Die folgenden Ausführungen beschränken sich deshalb darauf, einige Einzelpunkte zu erörtern. Für alle übrigen Fragen wird auf die Spezialliteratur verwiesen.[2]

Das Konkurrenzverbot bedarf zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Vereinbarung (340 I/13 OR). Die Schriftlichkeit hat eine Schutzfunktion. Daraus ergibt sich, dass nur eine eindeutige Abmachung zu einem gültigen Konkurrenzverbot führt; die blosse Bezugnahme auf eine Regelung im Anstellungs- oder Organisationsreglement genügt deshalb nicht.[3] Im übrigen kann das Konkurrenzverbot im schriftlichen Anstellungsvertrag selbst oder in einer separaten Urkunde vereinbart werden. Möglich ist auch, dass es erst während der Dauer eines bestehenden Anstellungsverhältnisses, beispielsweise anlässlich einer Beförderung, begründet wird.[4]

Ein gültig begründetes Konkurrenzverbot fällt dahin, 'wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat, oder wenn es dieser aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst' (340 c II OR). Im allgemeinen erscheint ein Anlass dann als begründet, wenn er bei vernünftiger Betrachtungsweise Grund für eine Kündigung sein kann.[5] Der Entscheid, ob im konkreten Fall ein begründeter

---

Brand, S. 94 ff.

1) vgl. Felber, S. 35 f.; Gautschi, N. 6 c zu 464 OR; Oser/Schönenberger, N. 5 zu 464 OR
2) Insbesondere Haefliger
3) vgl. Streiff, N. 2 zu 340 OR
4) vgl. Schweingruber, Arbeitsvertrag, N. 6 zu 340 OR
5) vgl. Streiff, N. 1/4 zu 340 c OR; Schweingruber, Arbeitsvertrag, N. 4 und 5 zu 340 c OR
Das Bestehen eines wichtigen Grundes im Sinne von 337 OR

Anlass für eine Kündigung besteht, gestaltet sich in der Praxis mitunter recht schwierig. Diese Schwierigkeit tritt oft in bezug auf den leitenden Arbeitnehmer auf. Wie wiederholt festgestellt wurde, bildet das persönliche Vertrauensverhältnis die Basis seines Anstellungsverhältnisses; wenn dieses Vertrauensverhältnis aus irgendeinem Grunde gestört ist, bleibt als Ausweg oft nur die Auflösung des Vertrages.[1] In diesem Fall muss der Arbeitgeber das Anstellungsverhältnis kündigen können, ohne dass damit notwendigerweise auch das Konkurrenzverbot wegfällt. Ein Bruch im persönlichen Vertrauensverhältnis, der überwiegend vom Arbeitnehmer verursacht wurde, muss deshalb als begründeter Anlass zur Kündigung durch den Arbeitgeber gelten. Dabei dürfen an die Substantiierung des Vertrauensschwundes keine strengen Anforderungen gestellt werden, da selbst an sich geringfügige Anlässe, soweit sie die persönliche Vertrauensbasis berühren, eine weitere sinnvolle Zusammenarbeit verunmöglichen können. Die Verhältnisse stellen sich anders dar, wenn der Arbeitgeber Anlass zur Erschütterung der Vertrauensbasis gegeben hat und wenn deshalb die Kündigung vom Arbeitnehmer ausgeht. In diesen Fällen müssen an die Substantiierung des Vertrauensschwundes strengere Anforderungen gestellt werden, da sich der leitende Arbeitnehmer sonst praktisch immer vom Konkurrenzverbot befreien könnte, was aber nicht der Sinn der gesetzlichen Regelung ist.

Seine Berufserfahrung darf der Arbeitnehmer immer verwerten. Da sie meist zu einem wesentlichen Teil aus Branchenkenntnissen besteht, ist Zurückhaltung geboten mit Konkurrenzverboten, die für den Arbeitnehmer eine ganze Branche sperren.

---

kann wohl mit der neuen Formulierung der Bestimmung nicht mehr gefordert werden. In 360 II altOR war vom Fehlen eines wichtigen Grundes zur Kündigung die Rede.

1) vgl. oben § 5 III.

Diese Gefahr besteht vor allem bei Konkurrenzklauseln, die dem Arbeitnehmer unter anderem auch eine Tätigkeit untersagen, welche ein mit dem früheren Arbeitgeber verbundenes Unternehmen (Konzern) konkurrenziert. Derartige Konkurrenzverbote sind deshalb nur zulässig, wenn sie zeitlich und örtlich eng begrenzt werden und wenn der Arbeitnehmer so hochqualifiziert ist, dass er trotz Branchenwechsel eine vergleichbare Anstellung findet.[1]

1) vgl. dazu die ausführlichen Erörterungen bei Haefliger, S. 103 ff.

3. Abschnitt

DIE BEENDIGUNG DES ANSTELLUNGSVERHAELTNISSES DES LEITENDEN ARBEITNEHMERS

§ 18 ALLGEMEINES

Soweit keine besonderen Vorschriften des Gesellschaftsrechtes (705/726 OR) oder der kaufmännischen Geschäftsführung (465 OR) zur Anwendung kommen, beurteilt sich die Auflösung des Anstellungsverhältnisses des leitenden Arbeitnehmers nach den Regeln des Arbeitsvertragsrechtes. Dies gilt insbesondere auch für das Anstellungsverhältnis des Direktors.[1]

Das Arbeitsvertragsrecht sieht als Beendigungsgründe für das Arbeitsverhältnis die Kündigung, den Zeitablauf, den Tod des Arbeitnehmers und - mit Einschränkungen - den Tod des Arbeitgebers vor (334 ff. OR). Dazu kommt der Aufhebungsvertrag nach allgemeinem Obligationenrecht (115 OR). Das Anstellungsverhältnis des Direktors wird darüber hinaus durch die Handlungsunfähigkeit des Direktors aufgelöst, da die Handlungsfähigkeit allgemeine Voraussetzung für die Bekleidung einer Direktionsstelle ist.[2] Dem Tod des Arbeitgebers entspricht die Löschung der Firma im Handelsregister.[3]

Ausführlicher zu behandeln ist im folgenden die Kündigung. Sie stellt den häufigsten und wichtigsten Beendigungsgrund eines Anstellungsverhältnisses dar.

---

1) vgl. Felber, S. 34; Germanier, S. 64 f.
2) vgl. oben § 9 I.2.; Fuhrer, S. 20; Meyer, S. 48; Kolb, S. 82; Bürgi, N. 20 zu 708 OR
3) vgl. Bürgi, N. 21 zu 708 OR; Fuhrer, S. 20 f.; Kolb, S. 82 f.

§ 19 DIE ORDENTLICHE KUENDIGUNG

I. Allgemeines

Die Kündigung hebt das Anstellungsverhältnis von einem bestimmten Zeitpunkt an für die Zukunft auf. Sie erfolgt durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung und bedarf, wenn nichts anderes vereinbart ist, keiner besonderen Form. Das Gesetz unterscheidet zwischen ordentlicher und ausserordentlicher Kündigung. Die ordentliche Kündigung bedarf keiner besonderen Rechtfertigung und ist an den Ablauf einer gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist gebunden. Die ausserordentliche Kündigung erfolgt fristlos und setzt einen 'wichtigen Grund' voraus.[1]

II. Vertragsdauer und Kündigungsfristen

Bei leitenden Arbeitnehmern bedient sich die Praxis meist einer Kombination zwischen einem Vertrag auf bestimmte und einem Vertrag auf unbestimmte Zeit. Dies erfolgt in der Regel in der Weise, dass vorerst ein Vertrag auf bestimmte Zeit, beispielsweise auf ein Jahr, eingegangen wird, der sich gemäss Abrede auf unbestimmte Zeit verlängern soll, wenn das Anstellungsverhältnis über die bestimmte Vertragszeit hinaus fortgesetzt wird. Dabei empfiehlt sich im Hinblick auf künftige Dispositionen der Parteien, dass, wenn das Vertragsverhältnis mit dem Ablauf der festen Vertragsdauer beendigt sein soll, eine Kündigung vorauszugehen hat.[2] Gele-

---

1) vgl. zur Kündigung im allgemeinen Schweingruber, Arbeitsvertrag, N. 2/4 zu 336 OR
2) vgl. Grüll, S. 180 f.

gentlich wird von Anfang an ein Anstellungsvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen. Dabei ist beim leitenden Arbeitnehmer das Bedürfnis nach einer Probezeit besonders ausgeprägt. Sie darf aber von Gesetzes wegen die Dauer von drei Monaten nicht überschreiten (334 II OR). Dem Arbeitgeber wird es aber nicht immer möglich sein, sich innerhalb dieses Zeitraumes ein abschliessendes Urteil über die Eignung des Arbeitnehmers für die zu besetzende Stelle zu bilden.

Die Regelung in 708 I OR, wonach Verwaltungsratsmitglieder auf höchstens sechs Jahre wählbar sind, findet auf den Direktor nicht Anwendung.[1]

Sowohl der Arbeitgeber als auch der leitende Arbeitnehmer sind in der Regel an längeren als den gesetzlichen Kündigungsfristen interessiert.[2] Dem Arbeitgeber liegt daran, sich für den Fall der Auflösung des Anstellungsverhältnisses eine ausreichende Zeitspanne für die Auswahl und Einarbeitung einer neuen Führungskraft zu sichern. Der leitende Arbeitnehmer will sich ohne Zeitdruck eine seiner bisherigen Stellung entsprechende Stelle suchen können. In der Praxis sind deshalb Kündigungsfristen bis zu sechs Monaten durchaus üblich.[3] Dabei ist zu beachten, dass eine derartige Abrede beim überjährigen Arbeitsverhältnis der schriftlichen Form bedarf (336 b II OR).[4]

---

1) vgl. Wolfers, S. 78
2) vgl. 336 a und b OR
3) vgl. Brand, S. 100 ff.; Christen Hardy, Die Sicherung des Anstellungsverhältnisses nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1945, S. 73; Grüll, S. 258 f.; Hug, Kündigungsrecht, Bd. I, S. 24 ff., Bd. II, S. 113 ff.; Schweizerischer Kaufmännischer Verein, Besondere Anstellungsbedingungen für leitende Angestellte, Postulate für das kaufmännische Kader, Ziff. 11
4) vgl. Schweingruber, Arbeitsvertrag, N. 4 zu 336 b OR

III. Zum Kündigungsschutz des leitenden Arbeitnehmers

Das Arbeitsvertragsrecht kennt den Kündigungsschutz in Form bestimmter zeitlicher (336 e und f OR: Kündigung zur Unzeit) und sachlicher (336 g OR: Kündigung wegen Militärdienstes) Kündigungsbeschränkungen.[1] Diese Regelung genügt lediglich den Minimalanforderungen eines zeitgemässen Kündigungsschutzes. Vor allem fehlt eine allgemeine Vorschrift über die missbräuchliche Kündigung.[2]

Aus grundsätzlichen Ueberlegungen wird ein umfassender Kündigungsschutz für bestimmte leitende Arbeitnehmer oft überhaupt abgelehnt. Das Kündigungsschutzgesetz der Bundesrepublik Deutschland vom 25. August 1969 beispielsweise nimmt in § 14 unter anderem 'Geschäftsführer, Betriebsleiter und ähnliche leitende Angestellte, soweit diese zur selbständigen Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind' von seinem Geltungsbereich aus. Zur Begründung dieser Regelung wird auf die geringere Schutzbedürftigkeit des leitenden Arbeitnehmers hingewiesen. Vor allem wird geltend gemacht, die Tätigkeit des leitenden Arbeitnehmers sei für das Unternehmen von so grosser Wichtigkeit, dass der Arbeitgeber in der Besetzung der leitenden Posten keinen Beschränkungen

---

1) vgl. Schweingruber, Arbeitsvertrag, Kommentar zu 336 e, f und g OR

2) vgl. Schweingruber Edwin, Das Arbeitsrecht, in: Strukturwandlungen der Schweizerischen Wirtschaft, Festschrift für Fritz Marbach, Bern 1962, S. 433 ff.; derselbe, Arbeitsvertrag, N. 1/2 zu 336 e OR; Goldschmidt Robert, Unsoziale Kündigung im Arbeitsrecht, in: SJZ 1939/40, S. 165 ff.
Wiederholt wurde versucht, die missbräuchliche Kündigung auf Grund allgemeiner Normen (2 II ZGB) ins Recht zu fassen. vgl. Arnold Kurt, Die missbräuchliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach französischem und schweizerischem Recht, Ein Vergleich, Diss. St. Gallen 1970, S. 174 ff.; Guhl/Merz/Kummer, S. 405; Hug, Kündigungsrecht, Bd. I,

unterliegen dürfe, sondern Handlungsfreiheit haben müsse.[1] Aus gleichen und ähnlichen Ueberlegungen ist der Arbeitgeber oft auch nicht bereit, dem leitenden Arbeitnehmer durch Vertrag einen über die gesetzliche Regelung hinausgehenden Kündigungsschutz einzuräumen.[2] Auch in diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass schon an sich geringfügige Vorkommnisse das Vertrauensverhältnis der Parteien derart trüben können, dass eine weitere sinnvolle Zusammenarbeit nicht mehr möglich ist, so dass das Vertragsverhältnis aufgelöst werden muss.

Diesem Umstand kann in der Praxis am besten mit der Vereinbarung einer Abgangsentschädigung Rechnung getragen werden: der Arbeitgeber verpflichtet sich, dem leitenden Arbeitnehmer bei der Auflösung des Anstellungsverhältnisses eine bestimmte Geldsumme, beispielsweise in der Höhe eines halben Jahresgehaltes, auszurichten. Eine derartige Regelung schliesst einerseits eine unter Umständen notwendig gewordene Auflösung des Anstellungsverhältnisses nicht aus und entschädigt andererseits den leitenden Arbeitnehmer bis zu einem gewissen Grad für die durch die Auflösung des Anstellungsverhältnisses erlittenen Nachteile.[3]

Um allfällige Meinungsverschiedenheiten über die Ausrichtung der Abgangsentschädigung von vorneherein auszuschliessen, empfiehlt es sich, die Bedingungen, unter welchen sie zur

---

S. 151 ff.; Christen, S. 117 ff.; Merz Hans im Berner Kommentar, Einleitungsband, N. 316 ff. zu 2 ZGB

1) vgl. Nikisch, S. 88, S. 112 f.

2) Zur rechtlichen Problematik von vertraglich vereinbarten zeitlichen und sachlichen Kündigungsbeschränkungen Schweingruber, Arbeitsvertrag, N. 6 zu 336 e OR

3) vgl. Schweizerischer Kaufmännischer Verein, Besondere Anstellungsbedingungen für leitende Angestellte, Postulate für das kaufmännische Kader, Merkblatt Nr. 4, Ziff. 11; Deutscher Gewerkschaftsbund, Muster eines Anstellungsvertrages für leitende Angestellte und Führungskräfte, deren Anstellungsbedingungen nicht in Tarifverträgen geregelt

Auszahlung gelangen soll, im Anstellungsvertrag detailliert festzulegen. In SJZ 62/1966, Nr. 187,wird dargelegt, dass der Betriebsleiter eines grösseren Industriebetriebes die allgemein für die Auflösung des Anstellungsverhältnisses vereinbarte Abgangentschädigung auch beanspruchen konnte, als er fristlos entlassen wurde.[1]

IV. Die Suspendierung des leitenden Arbeitnehmers

Wenn der Arbeitgeber das Anstellungsverhältnis eines leitenden Arbeitnehmers kündigt, ordnet er nicht selten gleichzeitig bis zum Ablauf der Kündigungsfrist die Freistellung des Betroffenen von jeder weiteren Tätigkeit für das Unternehmen an, wobei das volle Gehalt weiterbezahlt wird. Von seiten des Arbeitgebers wird gelegentlich in gleicher Weise verfahren, wenn die Kündigung des Anstellungsverhältnisses vom leitenden Arbeitnehmer ausgeht.[2] Diese Suspendierung des leitenden Arbeitnehmers bedeutet jeweils noch keine Auflösung des Anstellungsvertrages, sondern enthält nur die Erklärung des Arbeitgebers, bis zum Ablauf der Kündigungsfrist auf die Dienste des leitenden Arbeitnehmers zu verzichten.[3] Da der Arbeitgeber die Lohnzahlungen fortsetzt und nicht verpflichtet ist, den leitenden Arbeitnehmer tatsächlich zu beschäftigen,[4] wird er durch die Suspendierung nicht vertragsbrüchig.

Andererseits darf nicht übersehen werden, dass eine längerdauernde Suspendierung dem leitenden Arbeitnehmer schweren beruflichen Schaden zufügen kann. Für den leitenden Arbeit-

---

sind, § 16
1) vgl. auch 339 b-d OR
2) vgl. Grüll, S. 192 f.
3) 324 OR; vgl. dazu Streiff, N. 6 zu 324 OR; BlZR 4/1905, Nr. 80, 49/1950, Nr. 185
4) vgl. 465 I, 705 und 726 OR; hinten § 22; BGE 23 II 1730

nehmer ist es in der Regel wichtig, dass er seinen Beruf auch tatsächlich ausüben kann, um den Anschluss an die weitere Entwicklung in seinen Spezialgebieten nicht zu verlieren. Zudem gibt eine Suspendierung oft Anlass zu Vermutungen, die für den Betroffenen abträglich sind.[1] Bei besonders rücksichtslosem Vorgehen des Arbeitgebers ist deshalb zu prüfen, ob eine Verletzung des Suspendierten in den persönlichen Verhältnissen vorliegt.[2]

1) vgl. Grüll, S. 192 f.
2) vgl. hinten § 20 III.2.

§ 20 DIE AUSSERORDENTLICHE KUENDIGUNG

I. Allgemeines

Aus wichtigen Gründen können die Vertragsparteien das Arbeitsverhältnis jederzeit durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung fristlos auflösen (337 I OR). Ein wichtiger Grund liegt namentlich dann vor, wenn dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden darf (337 II OR).[1] Im Streitfall entscheidet der Richter nach freiem Ermessen, ob dies der Fall ist (337 III OR). In allen Fällen ist zu prüfen, ob dem Kündigenden die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist beziehungsweise der Ablauf der festen Vertragsdauer zugemutet werden darf oder nicht.[2] Die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung stellt von Gesetzes wegen nie einen wichtigen Grund dar (337 III OR).[3] Ein wichtiger Grund für den Arbeitnehmer besteht dagegen ausdrücklich in der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, sofern die Forderungen des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis nicht innert angemessener Frist sichergestellt werden (337 a OR).

Hat eine der Vertragsparteien die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses schuldhaft herbeigeführt, so wird sie voll schadenersatzpflichtig (337 b I OR). Hat keine Partei die Auflösung schuldhaft herbeigeführt oder trifft beide ein Verschulden, bestimmt der Richter die vermögensrechtlichen

---

1) vgl. die Uebersicht über mögliche wichtige Gründe bei Schweingruber, Arbeitsvertrag, N. 10 zu 337 OR
2) vgl. Schweingruber, Arbeitsvertrag, N. 9 zu 337 OR
3) vgl. Schweingruber, Arbeitsvertrag, N. 6 zu 337 OR, der rügt, dass 337 III OR nicht unter die zwingenden Bestimmungen aufgenommen wurde.

Folgen nach seinem Ermessen (337 a OR).[1]

Erfolgt die fristlose Kündigung ohne wichtigen Grund, so wird die kündigende Vertragspartei vertragsbrüchig; das Arbeitsverhältnis ist sowohl rechtlich als auch faktisch beendet.[2] Der ungerechtfertigt entlassene Arbeitnehmer hat für die Zeit, während der das Arbeitsverhältnis bei ordnungsgemässer Beendigung noch gedauert hätte, Anspruch auf den Lohn sowie auf Ersatz der aus dem Arbeitsverhältnis erwachsenden Vorteile (z.B. Gratifikation, Abgangsentschädigung), muss sich jedoch Ersparnisse und anderweitigen Verdienst anrechnen lassen (337 c I und II OR). Erfolgte die Kündigung wegen Militär- oder Zivilschutzdienstes, kommen noch die Ansprüche aus 336 g OR hinzu (337 c OR). Bei Mitverschulden des Entlassenen kann der Lohnanspruch herabgesetzt werden.[3] - Wird der Arbeitnehmer vertragsbrüchig, so hat der Arbeitgeber ohne Nachweis eines besonderen Schadens Anspruch auf eine Entschädigung, die einem Viertel des Monatslohnes des Arbeitnehmers entspricht. Kann er einen grösseren Schaden nachweisen, muss ihm auch dieser ersetzt werden. Umgekehrt kann der Richter die Pauschalentschädigung nach freiem Ermessen herabsetzen, wenn der Arbeitnehmer nachweist, dass dem Arbeitgeber ein geringerer oder überhaupt kein Schaden erwachsen ist. Vorbehalten bleiben auch hier allfällige Ansprüche nach 336 g OR (337 d OR).

---

1) vgl. Schweingruber, Arbeitsvertrag, N. 2 zu 337 b OR
2) Schweingruber, Arbeitsvertrag, N. 1 zu 337 c OR; Schumacher, S. 100 ff.; a.M. Oser/Schönenberger, N. 33 zu 352 OR; Botschaft Arbeitsvertrag, S. 389; Rehbinder, S. 93; BGE 78 II 441
3) vgl. Schweingruber, Arbeitsvertrag, N. 6 zu 337 c OR; Streiff, N. 9 zu 337 b-d OR; a.M. Guhl/Merz/Kummer, S. 394; Schumacher, S. 109 ff.
Im übrigen kann der Arbeitnehmer für den Fall, dass er ohne wichtigen Grund fristlos entlassen wird, zu seinen Gunsten eine Konventionalstrafe vereinbaren. vgl. Schweingruber, Arbeitsvertrag, N. 8 zu 337 c OR; Schumacher, S. 126 f.

II. Wichtige Gründe zur fristlosen Auflösung des Anstellungsverhältnisses des leitenden Arbeitnehmers

Die Gründe, die zur fristlosen Auflösung des Anstellungsverhältnisses des leitenden Arbeitnehmers führen, sind, mit einigen Gewichtsverschiebungen, die selben, die auch für andere Arbeitsverhältnisse gelten. Es ist stets zu berücksichtigen, dass das besondere Vertrauensverhältnis, welches den leitenden Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber verbindet, nur wenig belastbar ist und dass der Verlust des Vertrauens in den meisten Fällen eine weitere Zusammenarbeit ausschliesst. Erschwerend kommt dazu, dass der Anstellungsvertrag des leitenden Arbeitnehmers meist relativ lange Kündigungsfristen vorsieht. Beim leitenden Arbeitnehmer sind deshalb die Voraussetzungen zur fristlosen Kündigung in der Regel viel rascher erfüllt als bei einem untergeordneten Arbeitnehmer in einem Grossbetrieb.[1] Immer aber sind auch beim leitenden Arbeitnehmer die Umstände des Einzelfalles massgebend.

Im folgenden werden übersichtsweise einige Fälle angeführt, in denen Anstellungsverhältnisse leitender Arbeitnehmer aus wichtigen Gründen fristlos aufgelöst wurden. Ein Grossteil der zitierten Entscheide nimmt in den Motiven Bezug auf das besondere Vertrauensverhältnis der Vertragsparteien.[2]

Wegen schwerer oder wiederholter Verletzung vertraglicher Pflichten wurden fristlos entlassen der Bauführer, der Mangel an ernsthaftem Arbeitseinsatz zeigte und trotz Verwarnung durch den Arbeitgeber ohne wichtigen Grund mehrmals von der Arbeit fern blieb,[3] die Leiterin der Zweigniederlassung eines Bijouteriegeschäftes, welche trotz entgegengesetzter Weisung des Arbeitgebers in der Saison während der Arbeitszeit mehr-

---

1) vgl. Streiff, N. 4 zu 337/337 a OR
2) vgl. ferner die Kasuistik bei Büren Bruno von, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972, S. 172 ff.
3) BlZR 65/1966, S. 94 ff., Nr. 39

mals den Zahnarzt aufsuchte,[1] der Ingenieur, welcher den Arbeitgeber zu vertreten und Kunden zu empfangen hatte, weil er ständig zu spät bei der Arbeit erschien, während des Tages oft stundenlang unbegründet wegblieb und zudem häufig angetrunken war[2] sowie der Oberwerkführer einer Fabrik, der sich eigenmächtig Urlaub genommen hatte, ohne dass dazu äusserste Dringlichkeit bestand.[3] Wiederholtes Zuspätkommen und gänzliches Wegbleiben von der Arbeit an einzelnen Tagen stellt aber nicht in allen Fällen einen wichtigen Grund zur fristlosen Entlassung eines leitenden Arbeitnehmers dar, beispielsweise nicht beim Direktor einer grösseren mechanischen Seidenweberei: die wesentliche Aufgabe des Direktors eines derartigen Unternehmens besteht darin, die Leistungsfähigkeit und den Erfolg des Unternehmens zu gewährleisten und zu heben. Der Einhaltung der Arbeitszeit kommt dabei nur eine zweitrangige Bedeutung zu. Auch vereinzelte ganztägige Abwesenheit vermag die Erreichung der dem Direktor gesteckten Ziele in der Regel nicht zu gefährden. Solange anderslautende Weisungen fehlen, kann der Direktor deshalb annehmen, dass ihm bezüglich Arbeitszeit und unvermeidlicher persönlicher Verhinderungsfälle eine freiere Stellung zukommt als untergeordneten Arbeitnehmern.[4]

Wegen Kompetenzüberschreitung wurden fristlos entlassen der Direktor einer industriellen Aktiengesellschaft, der eine auswärtige Filiale errichtet und einen hochbezahlten Funktionär angestellt hatte[5] und der Direktor einer Aktiengesellschaft, der, nachdem ihm ordentlicherweise gekündigt worden

---

1) PKG 1966, S. 31 ff., Nr. 5
2) SJZ 1917/8, S. 158 f., Nr. 122
3) BGE 23, S. 1727 ff.
4) Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen 17/1898, S. 302 ff.; vgl. auch Becker, N. 9 zu 352 OR; Oser/Schönenberger, N. 11 zu 352 OR
5) Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen 18/1899, S. 49 ff.

war, die vom Verwaltungsrat noch nicht genehmigte ungünstig ausgefallene Bilanz des verflossenen Rechnungsjahres an alle Aktionäre versandt hatte.[1] Nicht fristlos entlassen werden durfte dagegen die Leiterin der in einer anderen Stadt gelegenen Filiale eines Detailhandelsgeschäftes, welche Vorschriften der Zentrale bezüglich Arbeitszeit, Dienstablösung und freie Halbtage missachtet hatte.[2]

Der als Prokurist in der Leitung der Zweigniederlassung einer Treuhandgesellschaft beschäftigte Jurist wurde fristlos entlassen wegen beruflicher Unfähigkeit und Mangel an Initiative zum Erwerb der fehlenden Kenntnisse.[3] Dagegen bestand kein wichtiger Grund zur fristlosen Entlassung der Directrice eines Modehauses, die nach Meinung des Arbeitgebers zufolge Unfähigkeit und leichtsinniger Interesselosigkeit vor dem Ausverkauf notwendige Personaleinstellungen absichtlich unterlassen hatte.[4]

Wegen Verletzung der arbeitsvertraglichen Treuepflicht wurden fristlos entlassen der Geschäftsführer, der von einem Lieferanten Gelegenheitsgeschenke angenommen hatte,[5] der leitende Angestellte einer Baumaschinenfirma, dem es gelang, von der zukünftigen Lohnliste der Firma auf dem Pult seines Vorgesetzten Kenntnis zu nehmen, worauf er die revidierten Lohnpositionen an seine Mitarbeiter weiterleitete,[6] der Vertrauensmann und Stellvertreter des Arbeitgebers, der die

---

1) BlZR 2/1903, S. 114, Nr. 96
2) BlZR 65/1966, S. 113 ff., Nr. 43 mit dem hauptsächlichen Hinweis darauf, dass eine Filialleiterin über eine gewisse Selbständigkeit verfügen müsse.
3) BGE 97 II 142 = Praxis 60/1971, Nr. 210; vgl. oben § 14 II.
4) BlZR 57/1958, S. 84 ff., Nr. 35
5) BGE 92 II 184; vgl. auch Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau 1966, S. 60, Nr. 9
6) Jahresbericht des Gewerbegerichts der Stadt Bern 71/1965, S. 19, Nr. 9

beruflichen Fähigkeiten des Arbeitgebers gegenüber Dritten herabgesetzt hatte[1] sowie der Vorsteher eines Schneiderateliers, der Arbeitskräfte und Materialien für seine privaten Zwecke verwendet hatte.[2] In diesen Zusammenhang gehören auch die Fälle, in welchen der leitende Arbeitnehmer in Konkurrenz zum Arbeitgeber auf eigene Rechnung Geschäfte tätigt oder vor Ablauf des Anstellungsverhältnisses Vorbereitungen zur Gründung eines den Arbeitgeber schädigenden Konkurrenzgeschäftes trifft.[3]

Der Direktor einer Aktiengesellschaft wurde fristlos entlassen, weil er unter anderem einen unhöflichen Brief an den Verwaltungsrat geschrieben hatte.[4] Begründeter Tadel durch den Arbeitgeber berechtigt in der Regel den Arbeitnehmer nicht zum fristlosen Austritt. Dagegen muss sich beispielsweise der Prokurist in Anwesenheit von Mitarbeitern keinen Tadel gefallen lassen, da dadurch seine Autorität bei den Untergebenen beeinträchtigt wird.[5] Zum fristlosen Austritt berechtigt auch der weder objektiv noch subjektiv begründete Entzug der Prokura oder Handlungsvollmacht. Dabei ist es unerheblich, dass diese Vollmachten jederzeit widerruflich sind und dass der Arbeitnehmer weder auf Erteilung noch auf Beibehaltung der Vollmacht klagen kann.[6]

---

1) PKG 1969, S. 26 ff., Nr. 5
2) BGE 28 II 296
3) vgl. Becker, N. 13 zu 352 OR; Oser/Schönenberger, N. 21 zu 352 OR; BlZR 30/1931, S. 201 f., Nr. 108; BlZR 57/1958, Nr. 35, S. 86 ff.
4) BGE 36 II 223
5) vgl. Grässli Max, Die ausserordentliche Kündigung des Dienstvertrages (Rücktritt aus wichtigen Gründen) nach schweizerischem Recht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 43, Bern 1929, S. 66; Oser/Schönenberger, N. 27 zu 352 OR
6) BlZR 15/1916, S. 269 f., Nr. 158; vgl. auch Becker, N. 17 zu 352 OR; Oser/Schönenberger, N. 27 zu 352 OR

Beim leitenden Arbeitnehmer kann ferner das ausserdienstliche Verhalten Anlass zu einer fristlosen Entlassung sein.[1] Der Direktor einer Aktiengesellschaft, die sich mit Finanzgeschäften befasste, wurde fristlos entlassen, weil seine homosexuelle Betätigung auch Dritten bekannt geworden war.[2] Ebenso kann die Zwangsvollstreckung gegen den leitenden Arbeitnehmer eine fristlose Entlassung rechtfertigen.[3]

Schlechter Geschäftsgang und Betriebsstockungen rechtfertigen nur in Ausnahmefällen die fristlose Entlassung eines Arbeitnehmers.[4] In zwei Fällen hat das Bundesgericht das Bestehen eines wichtigen Grundes bejaht, wobei es sich um leitende Arbeitnehmer handelte, deren Anstellungsverhältnis auf achtzehn beziehungsweise einundzwanzig Monate unkündbar war.[5]

III. Die vermögensrechtlichen Folgen der fristlosen Auflösung des Anstellungsverhältnisses des leitenden Arbeitnehmers

1. Allgemeines

Bei der fristlosen Auflösung des Anstellungsverhältnisses eines leitenden Arbeitnehmers geht es oft um grossen Summen.

---

1) vgl. oben § 13 VII.;Grässli, S. 77 ff.; Becker, N. 25 zu 352 OR; Oser/Schönenberger, N. 24 zu 352 OR
2) BlZR 24/1925, S. 357 f., Nr. 207; vgl. auch BGE 41 II 105; SJZ 1917/8, S. 315 f., Nr. 95
3) vgl. Hug Walther, Die Einwirkung von Schuldbetreibung und Konkurs auf das Dienstverhältnis, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, St. Gallen 1944, S. 80; Becker, N. 22 zu 352 OR; Oser/Schönenberger, N. 24 zu 352 OR
4) vgl. Grässli, S. 89 f.; Oser/Schönenberger, N. 30 zu 352 OR
5) BGE 44 II 412, 60 II 289; vgl. auch Amrein Felix, Der Annahmeverzug des Dienstherrn nach schweizerischem Recht unter Berücksichtigung des deutschen und französischen Rechts, Diss. Basel 1957, S. 102 ff. betreffend Mitbestimmungsrecht und Risikoverteilung; ferner Schweingruber Edwin, Die Entwicklung des Dienstvertragsrechtes durch die Gerichtspraxis, in: ZBJV 1932, S. 223 f.

Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn ein leitender Arbeitnehmer, dessen Anstellungsverhältnis für eine relativ lange Zeit unkündbar ist, ohne wichtigen Grund entlassen wird und der deshalb Anspruch hat auf den Lohn für die Zeit, während der das Vertragsverhältnis bei ordnungsgemässer Beendigung noch gedauert hätte sowie auf Ersatz der aus dem Anstellungsverhältnis erwachsenden Vorteile (Abgangsentschädigung!), allenfalls mit einem Zuschlag für weiteren durch die ungerechtfertigte Entlassung entstandenen Schaden.[1] Der Arbeitgeber andererseits wird in einem solchen Fall regelmässig bemüht sein, den Lohnanspruch des leitenden Arbeitnehmers durch Berufung auf 337 c II OR herabzusetzen. Für den leitenden Arbeitnehmer gilt aber in besonderem Masse, dass er bei der Wahl eines neuen Arbeitsplatzes nur Angebote berücksichtigen muss, die mit seiner bisherigen Stelle in bezug auf wirtschaftliche Ausstattung, Aufgaben, Kompetenzen und soziales Ansehen vergleichbar sind.[2]

Da die vermögensrechtlichen Folgen der fristlosen Auflösung des Anstellungsverhältnisses des leitenden Arbeitnehmers durchwegs nach den Regeln des Arbeitsvertragsrechtes beurteilt werden, beschränken sich die folgenden Ausführungen auf die Erörterung ausgewählter Einzelpunkte; im übrigen wird auf die einschlägige Literatur verwiesen.

2. Genugtuungsanspruch wegen Vertragsbruch

Eine ungerechtgertigte fristlose Entlassung kann dem betroffenen leitenden Arbeitnehmer nicht nur erheblichen materiellen, sondern auch schwerwiegenden ideellen Schaden (tort

---

1) z.B. Umzugskosten, Reisekosten und andere unvermeidliche persönliche und familiäre Aufwendungen; vgl. Schweingruber, Arbeitsvertrag, N. 5 zu 337 c OR

2) vgl. Schumacher, S. 104 ff.; Schweingruber, Arbeitsvertrag, N. 3/4 zu 337 c OR

moral) zufügen.[1]

Wer in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt wird, hat, wenn die besondere Schwere der Verletzung sowie des Verschuldens dies rechtfertigt, Anspruch auf eine Geldsumme als Genugtuung (49 I OR). Diese Bestimmung findet ihrer Stellung im Gesetz entsprechend ihr Hauptanwendungsgebiet im ausservertraglichen Schadenersatzrecht. Die Gerichtspraxis wendet sie aber auch auf Vertragsverletzungen an, wenn das vertragswidrige Verhalten mit Rücksicht auf seine Art und Weise oder wegen der besonderen Umstände, unter denen es erfolgte, zugleich nach 28 ZGB eine Verletzung des Betroffenen in seinen persönlichen Verhältnissen und damit eine unerlaubte Handlung nach 41 OR darstellt. Dabei ist unerheblich, ob die Vertragsverletzung selbst unmittelbar eine deliktische Verletzung der Persönlichkeitsrechte des Betroffenen darstellt oder ob diese lediglich die Folge der Verletzung obligatorischer Pflichten ist.[2] Darüber hinaus kann selbst ein an und für sich zulässiges Vorgehen durch die Umstände, unter denen es erfolgt, zu einer widerrechtlichen Handlung werden und eine Verletzung in den persönlichen Verhältnissen darstellen.[3]

In BGE 87 II 143 ff. traf ein Bauunternehmen des Kantons Uri, das trotz seiner Niederlassung im Kanton Wallis im kantonalen Berufsregister der Baumeister dieses Kantons nicht eingetragen war und deshalb auch keine Kantonsaufträge erhielt, mit einem im Kanton Wallis ansässigen Bauingenieur

---

1) vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 81 f.
2) vgl. Egger August, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Personenrecht, Art. 1-89, 2. Auflage, Zürich 1930, N. 19 zu 28 ZGB; Oser/Schönenberger, N. 14 zu 99 OR; Becker, N. 26/28 zu 97 OR; Guhl/Merz/Kummer, S. 82; BGE 54 II 481 ff., 80 II 256 ff., 87 II 143 ff. 87 II 292
3) vgl. Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide 1971, Nr. 1

eine Abmachung, wonach dieser auf seinen Registereintrag verzichtete und dem Eintrag der Bauunternehmung an seiner Stelle zustimmte. Für die Mitarbeit in der Geschäftsleitung sollte er ein Fixum von Fr. 2'000 jährlich beziehen und ferner für besondere Aufgaben fallweise herangezogen und nach SIA-Tarif entschädigt werden. In der Folge erhielt der Bauingenieur sein Fixum, aber keine Aufträge. Das Bundesgericht bestätigte die neben dem Schadenersatz von Fr. 10'000 zugesprochene Genugtuung von Fr. 5'000. Das Bauunternehmen habe den Ingenieur nur als Werkzeug benutzt, ihn nach Erreichung seines Zieles aber nach Möglichkeit ausgeschaltet; dies habe ihn umso schwerer getroffen, als seine Löschung im Berufsregister einen starken Rückgang der ihm bisher zugekommenen Aufträge bewirkt habe. Das habe praktisch die Vernichtung seiner beruflichen Existenz und im Anschluss daran eine Schädigung seines beruflichen und persönlichen Ansehens zur Folge gehabt.

In AGVE 1971, Nr. 1, trat L.W. im April 1967 in einer Firma die Stelle des Verkaufsleiters an. Für das erste Jahr sah der Anstellungsvertrag eine einmonatige Kündigungsfrist auf das Ende eines Monats vor. Infolge auftretender Spannungen kündigte die Firma das Anstellungsverhältnis mit Expressbrief vom 21. Dezember 1967 auf den 31. Januar 1968. In einem weiteren Schreiben vom 11. Januar 1968 suspendierte sie L.W. bis zum Ablauf der Kündigungsfrist von der aktiven Mitarbeit in der Firma. In der Folge machte der Betroffene vor dem Handelsgericht auch eine Geldsumme als Genugtuung geltend, da er unter schimpflichen Umständen und unmittelbar vor Weihnachten vor die Türe gesetzt worden sei, was einer fristlosen Entlassung gleichkomme. In seinen ausführlichen Erwägungen weist das Gericht überzeugend nach, dass auch eine in formeller Hinsicht einwandfreie Kündigung eine unbefugte Verletzung des Gekündigten in seinen persönlichen Verhältnissen im Sinne von 28 ZGB darstellen kann, wenn sie in einer Art und Weise erfolgt, die den Gepflogenheiten eines anständig und billig

Denkenden widerspricht.[1] Im konkreten Fall liess das Gericht die Frage offen, ob die Umstände der Kündigung eine Verletzung des L.W. in den persönlichen Verhältnissen darstellten. Das Vorgehen des Arbeitgebers war schon deshalb nicht widerrechtlich, weil L.W. seine Kündigung provoziert hatte.

Beim leitenden Arbeitnehmer stellt sich die Frage, ob schon die Tatsache der unbegründeten fristlosen Entlassung allein eine Verletzung in den persönlichen Verhältnissen darstellt. Die fristlose Entlassung hat für den leitenden Arbeitnehmer einschneidende Folgen: Er darf sich im Verkehr mit den ihm unterstellten Mitarbeitern und mit Aussenstehenden nicht mehr als Repräsentant des Unternehmens ausgeben. Es ist ihm verboten, die Räumlichkeiten des Unternehmens weiter zu betreten. Unterlagen des Unternehmens, die sich noch in seinem Besitz befinden, darf er nicht weiter verwenden, sondern hat sie unverzüglich zurückzugeben. Darüber hinaus gibt seine fristlose Entlassung durchwegs Anlass zu Vermutungen, die ihm abträglich sind. Beispielsweise kann der Eindruck entstehen, er sei seinen beruflichen Aufgaben nicht gewachsen oder er habe sich eine Unredlichkeit zu Schulden kommen lassen, er sei des einmal in ihn gesetzten Vertrauens nicht mehr würdig. - Diese Vertrauenswürdigkeit aber stellt, wie schon mehrmals festgestellt wurde, eine unabdingbare Voraussetzung für seine berufliche Tätigkeit dar. Die ungerechtfertigte fristlose Entlassung ist deshalb geeignet, ihn in seinem persönlichen und beruflichen Ansehen schwer zu schädigen. Entsprechend schwer wiegt in derartigen Fällen in der Regel auch das Verschulden des vertragsbrüchigen Arbeitgebers.[2] Bei besonders rücksichtslosem Vorgehen des Arbeitgebers können deshalb die

---

1) vgl. auch Jäggi Peter, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, Referat SJV, in: ZSR 79/ 1960, 2. Halbband, S. 208a ff.; BGE 80 II 118 ff.
2) vgl. BGE 42 II 595 f., 43 II 637

Voraussetzungen zur Begründung eines Genugtuungsanspruches nach 49 I OR erfüllt sein. Man denke etwa an den Fall, dass ein leitender Arbeitnehmer trotz langjährigem Anstellungsvertrag und entgegen vertraglichen Zusicherungen hinsichtlich Beförderung und Zeichnungsberechtigung schon kurz nach Antritt der Stelle ungerechtfertigt fristlos entlassen wird.[1]

3. Fristlose Auflösung des Anstellungsverhältnisses und Personalfürsorgeeinrichtungen

Wird das Arbeitsverhältnis aufgelöst, ohne dass ein Vorsorgefall eingetreten ist, führt dies in der Regel ohne weiteres auch zur Auflösung des Vorsorgeverhältnisses. Dabei hat der Arbeitnehmer gegenüber der Personalfürsorgeeinrichtung Anspruch auf die Freizügigkeitsleistungen nach 331 a-c OR, was unabhängig ist vom Auflösungsgrund des Arbeitsverhältnisses.[2] Auf Grund einer reglementarischen Bestimmung der Personalfürsorgeeinrichtung sind weitergehende Ansprüche dagegen regelmässig vom Auflösungsgrund abhängig. In den meisten Fällen schliessen die einschlägigen Reglemente weitergehende Ansprüche des Arbeitnehmers aus, wenn dieser durch ein vertragswidriges Verhalten Anlass zu einer fristlosen Entlassung gab.[3] Der damit verbundene Verlust an Ruhegehalts-, Pensions- oder Versicherungsansprüchen trifft den leitenden Arbeitnehmer oft ebenso hart wie der mit der fristlosen Entlassung verbundene Lohnfortfall.[4]

---

1) vgl. Schweingruber, Arbeitsvertrag, N. 5 zu 337 c OR; Schumacher, S. 106 f.; BGE 76 II 109
2) 362 OR; vgl. dazu Meyer Heinz, Arbeitsvertragsrecht und Personalfürsorge, Offene und kontroverse Fragen im Arbeitsvertragsrecht vom 25. Juni 1971 (Art. 319 ff. OR), in: SJZ 69/1973, S. 229 ff., insbesondere S. 234 f., Ziff. 10; Schweingruber, Arbeitsvertrag, N. 4/5 zu Art. 7 Schlussbestimmungen
3) vgl. Schneiter René, Rechtsbeziehungen zwischen Dienst- und Vorsorgeverhältnis bei privatrechtlichen Wohlfahrtseinrichtungen, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 267, Zürich 1966, S. 117; Guhl/Merz/Kummer, S. 407 f.
4) vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 407 f.

§ 21 DAS ERLOESCHEN VON PROKURA UND HANDLUNGSVOLLMACHT

I. Allgemeines

Das Erlöschen der Prokura und der Handlungsvollmacht ist in 465 OR geregelt.[1] Subsidiär kommt 35 OR zur Anwendung. Nach Gautschi erlöschen die kaufmännischen Vollmachten nach auftragsrechtlichen Regeln.[2]

II. Erlöschungsgründe

Der Geschäftsherr kann eine Prokura oder Handlungsvollmacht jederzeit ausdrücklich oder durch entsprechendes Verhalten mit sofortiger Wirkung widerrufen (465 I OR).[3] Berechtigt zum Widerruf ist grundsätzlich der Besteller der Vollmacht.[4] In der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft und in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann der Widerruf auch von einem einzelnen geschäftsführenden Gesellschafter ausgehen, selbst wenn die Bestellung nur durch einen Kollektivbeschluss möglich gewesen ist.[5]

Von Gesetzes wegen erlöschen Prokura und Handlungsvollmacht mit dem Tod, der Verschollenerklärung, dem Verlust der Handlungsfähigkeit oder dem Konkurs des Bevollmächtigten (35 I OR).[6] Dagegen bilden der Tod, die Verschollenerklärung und

---

1) 461 OR behandelt für die Prokura nur die Wirkung des Beendigungsgrundes gegenüber Dritten.
2) vgl. oben § 2 IV.C.3.
3) vgl. Knoepfel, S. 74 ff.; Wagner, S. 59 ff.; Gautschi, N. 5 a und b zu 461 OR, N. 4a zu 465 OR
4) vgl. oben § 9 II.3.b.
5) 566, 598 II OR
6) vgl. Knoepfel, S. 78; Wagner, S. 61 f.; Gautschi, N. 5e

der Verlust der Handlungsfähigkeit des Geschäftsherrn seinerseits, der eine natürliche Person ist, ausdrücklich keine Erlöschungsgründe (465 II OR).[1] Demgegenüber erlöschen die kaufmännischen Vollmachten mit der Auflösung und Liquidation einer juristischen Person oder einer Handelsgesellschaft. Ebenso erlöschen sie beim Konkurs des Geschäftsherrn, der eine natürliche Person ist sowie bei jeder tatsächlichen Löschung der Firma des Geschäftsherrn im Handelsregister (35 OR).[2]

Der Untergang der Prokura ist im Handelsregister einzutragen, und zwar auch dann, wenn bei der Erteilung der Vollmacht keine Eintragung stattgefunden hat (461 I OR).[3]

Die Vollmacht erlischt im Verhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem kaufmännischen Handlungsbevollmächtigten in dem Zeitpunkt, in welchem letzterer vom Erlöschungsgrund Kenntnis erhält. Gegenüber Dritten verlieren Prokura und Handlungsvollmacht ihre Vertretungswirkung erst dann, wenn diese vom Erlöschungsgrund Kenntnis erhalten haben. Für gutgläubige Dritte ist zeitlich bei der Prokura die Löschung im Handelsregister massgebend (361 II OR).[4]

---

zu 461 OR, N. 4d zu 465 OR

1) vgl. Knoepfel, S. 79; Wagner, S. 63; Gautschi, N. 5c zu 461 OR, N. 4b zu 465 OR; anders das allgemeine Stellvertretungsrecht in 35 I OR
2) vgl. Knoepfel, S. 78; Wagner, S. 62; Gautschi, N. 5 d und f zu 461 OR, N. 4c zu 465 OR; Oser/Schönenberger, N. 7/9 zu 465 OR
3) dazu Knoepfel, S. 80 f.; Gautschi, N. 2/3 zu 461 OR
4) vgl. Knoepfel, S. 80 f.; Wagner, S. 60 f.; Gautschi, N. 1/3 und 6 zu 461 OR, N. 1/2 zu 465 OR

III. Widerruf der kaufmännischen Vollmachten und Anstellungsvertrag

Der Widerruf der kaufmännischen Vollmacht ist grundsätzlich unabhängig vom unterliegenden Anstellungsverhältnis, und zwar kann weder der Widerruf der Vollmacht das Anstellungsverhältnis auflösen noch kann die Aufhebung des Anstellungsverhältnisses die Vollmacht beseitigen. Dabei ist nicht zu übersehen, dass der Zweck der Vollmacht regelmässig im Anstellungsverhältnis begründet ist und deshalb mit diesem fortfallen wird, sei es, dass der Geschäftsherr die Vollmacht gleichzeitig mit der Kündigung widerruft oder dass in der Kündigung der stillschweigende Widerruf mitenthalten ist.[1]

Aus der abstrakten Natur der kaufmännischen Vollmacht folgt, dass aus deren Widerruf kein Vergütungsanspruch entsteht, der auf dem Anstellungsverhältnis begründet ist. Schadenersatzansprüche können nur aus einer tatsächlichen Verletzung des Anstellungsvertrages geltend gemacht werden.[2] Demgegenüber kann der weder durch objektive, sachliche Umstände noch durch subjektives Verschulden des Geschäftsführers begründete Entzug der Vollmacht einen wichtigen Grund zur fristlosen Auflösung des Anstellungsverhältnisses darstellen.[3]

---

1) vgl. 465 I OR; Knoepfel, S. 76; Wagner, S. 63 f.; Gautschi, N.4 zu 461 OR, N. 3 zu 465 OR
2) vgl. Knoepfel, S. 76; Wagner, S. 64; Gautschi, N. 3 b und c zu 465 OR
3) vgl. Knoepfel, S. 76; BlZR 15/1916, S. 269, Nr. 158

§ 22 ABBERUFUNG UND EINSTELLUNG IN DEN FUNKTIONEN (705 und 726 OR)

I. Allgemeines

Die Generalversammlung der Aktiengesellschaft ist berechtigt, 'die Mitglieder der Verwaltung und der Kontrollstelle sowie allfällige von ihr gewählte Bevollmächtigte und Beauftragte abzuberufen' (705 1 OR). Der Verwaltung steht ihrerseits das Recht zu, 'die von ihr bestellten Ausschüsse, Delegierten, Direktoren und andern Bevollmächtigten und Beauftragten jederzeit abzuberufen' (726 I OR). Die von der Generalversammlung bestellten Funktionäre können von der Verwaltung 'jederzeit in ihren Funktionen eingestellt werden, unter sofortiger Einberufung einer Generalversammlung' (726 II OR). In allen Fällen bleiben Entschädigungsansprüche der Abberufenen oder in ihren Funktionen Eingestellten ausdrücklich vorbehalten (705 II, 726 III OR).[1]

Mit dieser Regelung trägt das Gesetz dem Umstand Rechnung, dass die Tätigkeit der Ausschüsse, Delegierten, Direktoren, Prokuristen und andern Bevollmächtigten ganz auf dem Vertrauen beruht, das sie bei den übergeordneten Stellen geniessen.[2] Geht dieses Vertrauen aus irgendeinem Grunde verloren, sollen sie jederzeit mit sofortiger Wirkung ihrer Funktionen für die Gesellschaft enthoben werden können.[3] Dem Interesse der Gesellschaft entgegengesetzt ist dasjenige des Geschäftsführers, der eine dauernde Anstellung sucht

---

1) vgl. auch 810 OR für die GmbH und 890 und 905 OR für die Genossenschaft
2) vgl. 55 II ZGB; 718 III OR; BGE 72 II 65, 89 II 239
3) vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 631 f.; Fuhrer, S. 31, S. 81 f.; Kolb, S. 76; Wolfers, S. 86 f.; Bürgi, N. 2/3 zu 726 OR

und in seiner wirtschaftlichen Existenz vom Unternehmen abhängig ist. Er soll durch finanziellen Ausgleich für den Verlust der Stelle entschädigt werden.[1]

II. Voraussetzungen und Geltendmachung der Abberufung und der Einstellung in den Funktionen

Abberufung und Einstellung in den Funktionen können jederzeit erfolgen. Sie beruhen auf keinen materiellen Voraussetzungen. Insbesondere sind sie nicht abhängig vom Bestehen eines wichtigen Grundes. Nach herrschender Meinung bedürfen sie überhaupt keiner Begründung.[2] Dennoch ist es angezeigt, dem Betroffenen die Gründe für die Abberufung mitzuteilen. Geschieht dies nicht, so darf der gutgläubige Funktionär davon ausgehen, dass keine von ihm zu verantwortende Gründe vorhanden waren. Dies hat beispielsweise zur Folge, dass er nicht mehr an ein allfällig vereinbartes Konkurrenzverbot gebunden ist.[3] Vor allem aber sind die Gründe, die Anlass zur Abberufung gegeben haben, bestimmend für die vermögensrechtliche Auseinandersetzung der Parteien.[4]

In der Praxis werden meist wesentliche Gründe für eine Abberufung oder eine Einstellung in den Funktionen vorhanden sein, seien es z.B. grobe Pflichtverletzungen seitens des Abberufenen oder dessen Unfähigkeit zur ordnungsgemässen Geschäftsführung.[5] Gelegentlich drängen sich personelle Ver-

---

1) vgl. Wolfers, S. 87
2) vgl. Felber, S. 33; Schulthess, S. 36; Bürgi, N. 2 zu 705 OR, N. 12/13 zu 726 OR; Kolb, S. 76; Fuhrer, S. 34 f., S. 55 ff., S. 78, S.90
3) vgl. oben § 17; Guhl/Merz/Kummer, S. 412
4) vgl. unten IV.
5) vgl. Fuhrer, S. 40 f., S.90

änderungen in den geschäftsführenden Organen nur deshalb auf, weil eine neue Gruppe von Aktionären die Aktienmehrheit der Gesellschaft übernommen hat oder weil die Zusammensetzung der Verwaltung gewechselt hat.[1]

Abberufung und Einstellung in den Funktionen erfolgen durch formlose, einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung.[2] Sie sind unverzichtbar und können zum voraus weder durch die Statuten noch durch vertragliche Abreden eingeschränkt oder gar wegbedungen werden. Die Vereinbarung vermögensrechtlicher Konsequenzen für den Fall der Abberufung (Abfindungssumme, Konventionalstrafe) ist unseres Erachtens zulässig, wenn dadurch das freie Abberufungsrecht nicht praktisch verunmöglicht oder doch in einem dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung widersprechenden Mass erschwert wird.[3]

Die Abberufungs- und Einstellungsbefugnis wird durch die Pflicht zur Beachtung bestimmter formaler Regeln eingeschränkt. Erfolgt die Abberufung durch die Generalversammlung, so sind die gesetzlichen und statutarischen Formvorschriften für deren Einberufung und Beschlussfassung einzuhalten.[4] Insbesondere muss die Abberufung der Versammlung als Verhandlungsgegenstand angekündigt werden (700 I OR). Bei der Abberufung und Einstellung nach 726 OR sind die für die Beschlussfassung des Verwaltungsrates vorgeschriebenen Modalitäten zu beachten.[5]

---

1) vgl. Bürgi, N. 1/2 zu 726 OR; oben § 5 III.
2) vgl. Fuhrer, S. 21 ff., S. 45, S. 87; Felber, S. 33; Schulthess, S. 36; Kolb, S. 77; Meyer, S. 46; Bürgi, N. 8 zu 705 OR, N. 5 zu 726 OR
3) vgl. Kolb, S. 77; Felber, S. 33; Fuhrer, S. 38, S. 85; Bürgi, N. 6 zu 705 OR, N. 7 zu 726 OR
4) vgl. 699, 700 und 703 OR
5) vgl. Bürgi, N. 1 zu 705 OR, N. 21/22 zu 726 OR; Fuhrer, S. 35 ff., S. 82; Kolb, S. 76; Schucany, N. 1 zu 705 OR

III. Zuständigkeit zur Abberufung des Direktors

Sofern die Verwaltung den Direktor bestellt hat, ist sie im Zweifel auch für dessen Abberufung zuständig (726 I OR). Die Generalversammlung ist nur dann zur Abberufung eines durch die Verwaltung bestellten Direktors berechtigt, wenn ihr dieses Recht in den Statuten eingeräumt wurde.[1]

Erfolgte die Bestellung des Direktors durch die Generalversammlung, so ist allein diese zur Abberufung berechtigt. Die Befugnisse der Verwaltung beschränken sich dann darauf, als vorsorgliche Massnahme den Direktor in seinen Funktionen einzustellen, unter sofortiger Einberufung einer Generalversammlung, die über die endgültige Abberufung zu befinden hat (726 II OR).

IV. Abberufung des Direktors und Anstellungsvertrag

Ueber die Wirkung der Abberufung auf das Anstellungsverhältnis des Direktors besteht in der Literatur keine einheitliche Auffassung. Im wesentlichen stehen sich zwei Meinungen gegenüber. Nach der einen wird das Anstellungsverhältnis durch die Abberufung ohne weiteres mit Wirkung ex nunc aufgelöst.[2] Entsprechend endigt mit der Abberufung auch der Lohnanspruch des Direktors. Dieser hat allenfalls Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm durch den Hinfall des Vertrages entstanden ist.[3]

---

1) Bürgi, N. 7 zu 726 OR; Fuhrer, S. 85 f.; a.M. Funk, N. 1 zu 726 OR; Meyer, S. 45; Schucany, N. 1 zu 705 OR; Schulthess, S. 36 f.; Felber S. 32
2) vgl. Fuhrer, S. 45 ff., S. 73 ff., S. 88 ff.; Wolfers, S. 84 ff.;Felber, S. 33; Meyer, S. 48 f.
3) vgl. Fuhrer, S. 91 f.; Felber, S. 33; Kolb, S. 83 f.; Wolfers, S. 84 ff.

Nach der andern Auffassung betrifft die Abberufung lediglich die mit der Bestellung des Direktors verbundene Vollmachtenerteilung, während der Anstellungsvertrag als solcher nach den Regeln des Arbeitsvertragsrechtes endigt. Dies hat insbesondere zur Folge, dass der Anstellungsvertrag bis zum Ablauf der Kündigungsfrist beziehungsweise der festen Vertragsdauer weiterdauert, wenn für die Abberufung keine wichtigen Gründe geltend gemacht werden.[1] Bis zu diesem Zeitpunkt hat der abberufene Direktor einen Lohnanspruch.[2]

Die Vertreter der erstgenannten Auffassung machen unter anderem geltend, dass die Gegenüberstellung von 'Abberufung' und 'Einstellung in den Funktionen' in 726 OR keinen Sinn hätte, wenn die Abberufung nicht die Auflösung des Anstellungsvertrages bedeute, sondern nur die Erklärung der Gesellschaft, dass sie die Annahme der Dienste des Direktors verweigere, zum Inhalt hätte. Auch wird darauf hingewiesen, dass der Direktor seine Organqualität nur auf Grund des obligatorischen Vertrages besitze und daneben nicht als Organ in einem zweiten Rechtsverhältnis zur Gesellschaft stehe, so dass der Entzug der Organschaft nur durch Auflösung oder Bruch des Vertrages denkbar sei. Zudem sei nicht erkennbar, was nach dem Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis als Vertragsinhalt bleiben würde, da sich der Organträger ja nicht zur Verrichtung beliebiger Dienste verpflichtet habe.[3] Die Meinung, wonach durch die Abberufung nicht das durch die Bestellung begründete An-

---

1) vgl. Funk, N. 1 zu 705 OR; Schucany, N. 1 zu 705 OR; Schulthess, S. 111 f.; Bürgi, N. 5/9 zu 705 OR, N. 4 zu 726 OR
2) vgl. Bürgi, N. 16/20 zu 705 OR, N. 16 zu 726 OR; Germanier, S. 93; Schulthess, S. 111 f.; Funk, N. 2 zu 705 OR; Schucany, N. 2 zu 705 OR
3) So Wolfers, S. 84 ff.; vgl. auch oben § 10 I.2.

stellungsverhältnis, sondern nur dessen aktive Funktion sofort beendigt werde, findet in der angeführten Literatur keine nähere Begründung.

Die Regelung der Abberufung und der Einstellung in den Funktionen in 705 und 726 OR dient zwei Zwecken: sie grenzt einerseits die Zuständigkeit der Verwaltung zur Abberufung von der Zuständigkeit der Generalversammlung ab und berechtigt andererseits die Gesellschaft, die Annahme der Dienste des Direktors zu verweigern. Letzteres bedeutet, dass dem Direktor kein Recht auf Beschäftigung zusteht.[1] Der abberufene Direktor besitzt weder eine Klage auf Beibehaltung seiner Geschäftsführungsfunktionen noch eine solche auf Feststellung, dass die Abberufung unbegründet oder willkürlich sei.[2] Im übrigen beurteilt sich die Abberufung des Direktors durchwegs nach den Regeln des Arbeitsvertragsrechtes über die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Das bedeutet insbesondere, dass die Abberufung in jedem Falle die sofortige tatsächliche und rechtliche Beendigung des Anstellungsverhältnisses des Direktors zur Folge hat, da sie die endgültige und vollständige Ablehnung jeder Fortsetzung der Zusammenarbeit darstellt.[3] Beim Vorliegen eines wichtigen Grundes wird die vermögensrechtliche Auseinandersetzung der Parteien nach 337 b OR beurteilt. Erfolgte die Abberufung ohne wichtigen Grund, steht dem Direktor der Lohn-

---

1) vgl. Wolfers, S. 87
2) vgl. Bürgi, N. 9 zu 705 OR, N. 12 zu 726 OR; Schucany, N. 1 zu 705 OR; BGE 80 II 118 ff. (Praxis 43/1954, Nr. 132); ZBJV 92/1956, S. 131 ff.
In SJZ 49/1953,S. 296, Nr. 119, hat das Obergericht des Kantons Aargau im Falle einer Abberufung geprüft, ob nicht Rechtsmissbrauch im Sinne von Machtmissbrauch vorliege.
3) vgl. Schweingruber, Arbeitsvertrag, N. 1 zu 337 c OR; oben § 20 I.
Nach 937 OR ist die Tatsache der Abberufung im Handelsregister einzutragen. vgl. Bürgi, N. 8/9 und 11 zu 705 OR, N. 15 zu 726 OR

anspruch nach 337 c OR zu, allenfalls mit einem Zuschlag für weiteren durch die Abberufung entstandenen Schaden. Bedeutet die Art und Weise, in der die Abberufung erfolgte, eine unzulässige Verletzung in den persönlichen Verhältnissen, hat der Direktor gegenüber der Gesellschaft einen Anspruch auf Genugtuung.[1] In Einzelfällen vermag allein die Tatsache der Abberufung einen solchen Anspruch zu rechtfertigen.[2] Die Entschädigungsansprüche des Abberufenen oder in seinen Funktionen Eingestellten mussten in 705 II und 726 III OR deshalb ausdrücklich vorbehalten werden, damit sich die Gesellschaft nicht durch Berufung auf den Satz 'qui iure suo utitur neminem laedit' von jeder Leistungspflicht lossagen kann.[3]

V. Die Einstellung des Direktors in seinen Funktionen

Der von der Generalversammlung bestellte Direktor kann allein durch die Generalversammlung abberufen werden. Demgegenüber ist die Verwaltung befugt, den Direktor in seinen Funktionen einzustellen, wenn die Umstände ein so rasches Eingreifen erfordern, dass die Generalversammlung nicht mehr rechtzeitig stattfinden kann. In diesem Falle entsteht bis zur endgültigen Abberufung durch die sofort einzuberufende Generalversammlung ein Schwebezustand, während welchem sich der Direktor jeder Tätigkeit für die Gesellschaft zu enthalten hat. Der Anstellungsvertrag als solcher wird erst durch den Abberufungsbeschluss der Generalversammlung aufgelöst. Bis zu diesem Zeitpunkt behält der Direktor seinen Lohnanspruch.[4] Im übrigen

---

1) vgl. Bürgi, N. 16 zu 705 OR, N. 17 zu 726 OR; Schucany, N. 1 zu 705 OR; BGE 80 II 118 ff.; ZBJV 92/1956, S. 132; oben § 20 III.2.
2) a.M. Wolfers, S. 91
3) vgl. Wolfers, S. 89
4) vgl. Bürgi, N. 6, 18/25 zu 726 OR; Funk, N. 2 zu 726 OR; Schucany, N. 2 zu 726 OR, Schulthess, S. 36; Fuhrer, S. 86 f; Felber, S. 33 ; oben § 19 IV

berechtigt ihn seine Einstellung in den Funktionen nicht zur fristlosen Auflösung des Anstellungsverhältnisses aus wichtigem Grunde.[1]

VI. Die Demission des Direktors

Das Gegenstück zur Abberufung bildet die Demission seitens der mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Personen. Sie beinhaltet das Recht, den Anstellungsvertrag jederzeit durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung mit sofortiger Wirkung aufzulösen. Sie ist aktienrechtlich nicht geregelt.

Den Mitgliedern des Verwaltungsrates steht nach einhelliger Auffassung ein jederzeitiges Demissionsrecht zu. Bei einer Demission zur Unzeit wird das Verwaltungsratsmitglied im Sinne des Auftragsrechtes ersatzpflichtig.[2]

Beim Direktor ist die Frage des Demissionsrechtes umstritten.[3] Da eine ausdrückliche Regelung des Aktienrechtes fehlt, ist sie ausschliesslich nach den Regeln des Arbeitsvertragsrechtes über die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu beurteilen. Danach kann der Direktor den Anstellungsvertrag nur beim Vorliegen wichtiger Gründe vorzeitig auflösen (337, 337 b OR). Verweigert er die Leistung weiterer Dienste ohne wichtigen Grund, wird der Anstellungsvertrag zwar auch mit so-

---

1) vgl. Felber, S. 34
2) vgl. Schucany, N. 2 zu 705 OR; Funk, N. 1 zu 705 OR; Kolb, S. 77 ff.; Wolfers, S. 91 ff.; Meyer, S. 46 ff.; Fuhrer, S. 61 ff.; Bürgi, N.7/9 zu 705 OR; Schulthess, S. 112
3) vgl. Wolfers, S. 91 ff.; Felber, S. 34; Fuhrer, S. 92 ff.; Bürgi, N. 26/30 zu 726 OR; Schulthess, S. 112; Funk, N. 2 zu 705 OR; Schucany, N. 1 zu 705 OR

fortiger Wirkung aufgelöst, er selbst aber wird vertragsbrüchig und nach 337 d OR ersatzpflichtig.[1] Dabei hat der Richter bei der Würdigung der wichtigen Gründe der besonderen Stellung des Direktors Rechnung zu tragen, wenn sich aus dessen arbeitsvertraglicher Bindung keine Unbilligkeit ergeben soll. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass die sofortige Demission das einzige Mittel des Direktors darstellt, um der strengen zivil- und strafrechtlichen Verantwortung zu entgehen.[2]

---

1) Seitens der Gesellschaft besteht keine Klage auf Beibehaltung des Amtes durch den Direktor. vgl. ZBJV 66/1930, S. 284 f.; Schumacher, S. 119 ff.
Die Verwaltung hat deshalb in jedem Fall unmittelbar auf Grund der erhaltenen Demissionserklärung den Austritt des Direktors beim Handelsregister anzumelden (937 OR).
vgl. Bürgi, N. 29 zu 726 OR und dort Zitierte; ZBJV 66/1930, S. 284 ff.; a.M. BGE 48 II 403

2) vgl. Wolfers, S. 93 ff.; Bürgi, N. 28 zu 726 OR